

J. rom. m.

540.6

M.
J. rom. m.
540 lb

Geistendörfer

§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches

im

Lichte des Römischen Rechts

(Die Haftung des Schuldners für „Personen,
deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“,
nach römischem Recht)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Facultät

der

KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

von

Hans Wüstendörfer

aus Wandsbek, Provinz Schleswig-Holstein.

STRASSBURG i. E.

Buchdruckerei C. & J. Goeller, Magdalenengasse 20.

1897.



Inhalts-Uebersicht

Seite		
	I. Einleitung: § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches nach extensivem und intensivem Gehalt	§ 1.
1		
11	II. Ausführung: Vorbemerkungen; Die Haftung des Schuldners für Verschulden seines Gehilfen nach Römischem Recht	§ 2.
16	A. Gemäss gesetzlicher Ausnahmebestimmung	§ 3.
	a. emtor redhibens	
19	b. receptum nautarum	§ 4.
26	c. horrearius und conductor operis?	§ 5.
62	B. Gemäss vertragsmässiger Uebernahme	§ 6.
	a. Hingabe von Fungibilien	
65	b. Hingabe einer species cum aestimatione	§ 7.
70	c. Ausdrückliche Uebernahme	§ 8.
	C. Gemäss dem Haftungsprincip des Römischen Obligationensystems: Das „Utilitätsprincip“ in drei Thesen	
77	a. Die einzelnen bonae fidei-Obligationen	§ 9.
	1. Contrakte	
	α Commodat, Pfandvertrag, Depositum	
	β Schenkung	
	γ Innominatrealcontrakte	
	δ Miete, Kauf, Gesellschaft, Mandat, negot. gestio	
	2. Tutel und Dos	
	3. Fideicommiss	
118	b. Kritik und Ergebnis: Geschichtliche Entwicklung; Die Römischen Juristen — Justinian — Gemeines Recht	§ 10.
125	III. Kritisches Schlusswort: Die Haftungsprincipien des Römischen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs	§ 11.

Abstract of the Report

The following report was prepared by the Committee on the Study of the History of the United States, and is intended to provide a summary of the findings of the study.

A. General Statement of the Problem

The problem of the history of the United States is a complex one, and it is the purpose of this study to provide a summary of the findings of the study.

The study was conducted by the Committee on the Study of the History of the United States, and it is the purpose of this study to provide a summary of the findings of the study.

The study was conducted by the Committee on the Study of the History of the United States, and it is the purpose of this study to provide a summary of the findings of the study.

The study was conducted by the Committee on the Study of the History of the United States, and it is the purpose of this study to provide a summary of the findings of the study.

The study was conducted by the Committee on the Study of the History of the United States, and it is the purpose of this study to provide a summary of the findings of the study.

The study was conducted by the Committee on the Study of the History of the United States, and it is the purpose of this study to provide a summary of the findings of the study.

§ 1.

Es ist eine unverkennbare Thatsache, dass seit dem mächtigen Aufschwung der deutschen Nationalökonomie das römische Recht und die romanistische Wissenschaft in ihrer einst so sicheren Stellung erschüttert worden sind. Volkswirtschaftliche Ideen in Fülle drangen ein, verdichteten sich teils — wie in der Arbeiterschutzgesetzgebung — zu eigenartigen gesetzgeberischen Versuchen, teils entwickelten sie sich in der Form einer Kritik am bestehenden Recht. Socialpolitische Gesichtspunkte sollten — diese Maxime scharte immer mehr Anhänger um sich — die Richtschnur für den Ausbau eines Rechtssystems bilden, und grade socialpolitische Einsicht glaubte man, und glaubt man noch heute im gemeinen Recht, so wie es aus vielhundertjähriger Praxis und der historischen Analyse der Rechtswissenschaft Savigny'scher Observanz hervorgegangen, vergeblich zu suchen.

Den Niederschlag dieses Drängens nach volkswirtschaftlich gesundem Ausbau unseres Rechtssystems finden wir in gewissen Grenzen im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Es muss desshalb eine besonders dankbare Aufgabe sein, dieses neueste Recht mit dem aus dem *Corpus iuris civilis* geschöpften und bisher geltenden in Bezug auf solche Rechtsfragen zu vergleichen, bei deren Lösung socialpolitische Momente

eine mehr oder minder grosse Rolle spielen können. Denn wenn irgendwo, so muss hier der angebliche Gegensatz zwischen der socialen Denkungsart des modernen Rechts und der individualistischen des römischen Rechts zu Tage treten.

Dass zu dieser Gruppe von Rechtsfragen vornehmlich das Problem gehört, ob jemand als Schuldner seinem Gläubiger gegenüber auch für das Thun gewisser dritter Personen verantwortlich zu machen sei, ist unschwer zu erkennen. Vom individualistischen Standpunkte aus wird die Frage verneint werden: Niemand hat für fremdes Verschulden aufzukommen, jeder trägt nur seine eigene Haut zum Forum. Sociale Auffassung hingegen gelangt für manche Lebensverhältnisse zum entgegengesetzten Ergebnis. Ist also mit jener Antithese: „Individualistisch — Social“ der Gegensatz zwischen römischem und modernem Recht richtig erfasst, so darf man erwarten, dass bei der Entscheidung dieser Frage, ob man als Schuldner nur für sich selbst, ob man auch für andre haftet, das Bürgerliche Gesetzbuch und das römische Recht im Princip getrennte Wege gehen. § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches, der die ausschlaggebende Bestimmung enthält, kann deshalb in seiner vollen Bedeutung nur gewürdigt werden als Relief auf dem Untergrunde des römischen Rechts, im Lichte dieses Rechts gesehen.

§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt:

„Der Schuldner hat ein Verschulden seines
„gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren
„er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit
„bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie
„eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276
„Absatz 2 ¹⁾ findet keine Anwendung.“

¹⁾ Ungültigkeit des pactum ne dolus praestetur.

Die Gefahr, dieser Gesetzesvorschrift eine weitergreifende Bedeutung beizulegen, als ihr zukommt, liegt nicht ganz fern. Um solche Missdeutung zu vermeiden, verdient der Wortlaut eingehende Beachtung:

Ein civilrechtliches „Verschulden“ kann in doppelter Weise eine Leistungspflicht nach sich ziehen:

Entweder 1) es bestand vorher überhaupt kein Schuldverhältnis zwischen dem Verletzten und dem Haftenden; das Verschulden begründet erst eine Obligation zwischen ihnen.

Oder 2) es bestand bereits ein Schuldverhältnis; das Verschulden begründet nicht erst, es verändert nur die bestehende Obligation in ihrem Inhalte, indem es an die Stelle oder neben die ursprüngliche Erfüllungspflicht eine Schadenersatzpflicht setzt.

Nur diesem zweiten Fall gilt § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches: denn es heisst dort ausdrücklich, „der Schuldner“ habe ein Verschulden anderer Personen zu vertreten, d. h. jemand, der bereits durch ein Schuldverhältnis gebunden ist.

In dieser Erkenntnis liegt wieder zweierlei:

1) Es handelt sich um ein Verschulden, durch das der Obligationsgegner, der Gläubiger gemäss vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtung, getroffen wird. Damit grenzt sich § 278 gegen § 831 ab, der sich mit der Haftpflicht gegenüber dritten, unter den analogen Voraussetzungen geschädigten, jedoch ausserhalb jedes Obligationsnexus stehenden Personen beschäftigt.

Diese Beschränkung auf Verschulden innerhalb eines Obligationsnexus gilt aber andererseits

2) wie in Bezug auf die Person des Verletzten, so auch rücksichtlich der schuldhaften Handlung des Schädigers: Nicht jedes Verschulden, das den Obligationsgegner schädigt, macht im Sinne des § 278

haftbar, sondern nur solches Verschulden, durch das die Erfüllung der Obligation beeinträchtigt wird. Mit andren Worten, der allbekannte Unterschied zwischen schuldhaften Handlungen, die in Ausführung, *ex causa*, der obligatorischen Leistung, und solchen, die nur bei Gelegenheit, *ex occasione*, dieser Ausführung geschehen, lebt hier wieder auf. Jene stellen sich, mögen sie auch ausserhalb obligatorischer Beziehungen den Thatbestand selbständiger Delikte, z. B. den der Sachbeschädigung *ex lege Aquilia*, ausmachen, hier, auf Grund der vorhandenen Obligation, als Verletzung der obligatorischen Leistungspflicht dar, mit Contraktsklage oder Quasicontraktsklage verfolgt, und der Haftungsvorschrift des § 278 unterliegend. Handlungen der zweiten Gruppe hingegen — *ex occasione* der Erfüllung begangen, — sind reine Delikte, mit der Obligation durch keine andre Beziehung verknüpft als die des zeitlichen äusseren Zusammentreffens, und folglich mit Deliktsklagen geltend gemacht. Sie werden desshalb, wenn anders sie überhaupt jemandem ausser dem Thäter zur Last fallen, vom „Schuldner“ nicht als solchem vertreten, beeinflussen die bestehende Obligation in keiner Weise und fallen somit nicht unter § 278.

Zum Ueberfluss bestätigen dies drei äussere Umstände:

1. § 278 findet sich eingereiht unter eine Anzahl Vorschriften für den Fall der Unmöglichkeit der *in obligatione* befindlichen Leistung. Das „Verschulden“ des § 278 ist also so gemeint, dass es die Möglichkeit ordnungsmässiger Leistung verhindert.

2. Nach den Motiven ¹⁾ zum Entwurf kommt § 278 — bezw. § 224 der 1. Lesung — nur „in Ansehung

¹⁾ Motive, II S. 29.

der Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses“ in Betracht. Endlich

3. war das auch in den Entwurf selbst in erster und zweiter Lesung ausdrücklich aufgenommen ¹⁾. Nach dem Beschluss der Redaktionscommission jedoch, welcher die stilistische Durcharbeitung der sachlichen Ergebnisse der 2. Lesung oblag, wurden die Worte „wegen Nichterfüllung“ gestrichen und erschienen denn auch bei der dritten Beratung nicht wieder. Wesshalb die ehemalige, präzise und glückliche Fassung der jetzigen, weder juristisch schärferen noch besser gemeinverständlichen Platz machen musste, ist unersichtlich.

Die Personen, für deren Verschulden der Schuldner im Rahmen der nunmehr gekennzeichneten Voraussetzungen aufzukommen hat, sind

- 1) der gesetzliche Vertreter,
- 2) Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

Mit Recht stellt der Gesetzgeber dem gesetzlichen Vertreter nicht, wie man im ersten Augenblick erwarten möchte, den gewillkürten, d. h. den durch Vollmachtserteilung vom Geschäftsherrn geschaffenen Stellvertreter gegenüber, sondern Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung bedient. Denn dem Begriff der Stellvertretung ist ein Thätigwerden zur Erfüllung der Verbindlichkeit eines Andreu fremd ²⁾. Stellvertretung ist vielmehr nur in Bezug auf die Begründung solcher Verbindlichkeit, beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes

¹⁾ 1. Lesung § 224; 2. Lesung § 234: „Der Schuldner „haftet wegen Nichterfüllung auch dann, wenn diese auf „einem Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder solcher „Personen beruht, deren er sich zur Bewirkung der Leistung „bedient.“

²⁾ vgl. Mitteis, Stellvertretung, S. 288.

denkbar. Auch der gesetzliche Vertreter des § 278 fällt demnach nur als Hilfsperson zu Diensten des Schuldners, nicht als gesetzlicher Vertreter unter die dort gegebene Haftungsvorschrift, da aus dem Titel der Stellvertretung seine Thätigkeit nur soweit geht, „als die Bestellung des Stellvertreters reicht, also nicht über den Abschluss des vollmachtsmässigen Rechtsgeschäfts hinaus“ ¹⁾.

Gleichwohl scheide ich den gesetzlichen Vertreter aus der folgenden Betrachtung aus. Ihm soll eine besondere Abhandlung gewidmet werden. Gegenstand der Erörterung sind nur „Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“, oder, mit einem Wort: Gehilfen.

Nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens ist man geneigt, unter „Gehilfen“ Personen zu verstehen, die dem Schuldner bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit helfen, d. h. neben ihm zur Vornahme der geschuldeten Leistung thätig werden. Danach würden Personen, die nicht mit dem Schuldner zusammen, sondern statt seiner dessen Verbindlichkeit erfüllen, z. B. der Glaserlehrling, der statt des Meisters die zerbrochene Fensterscheibe durch eine neue ersetzt, der Schlosserlehrling, der, vom Meister geschickt, das in Unordnung geratene Schloss öffnet, allemal von der Bestimmung des § 278 ausgeschlossen sein. Wirklich hat es denn auch Praktiker gegeben, die auf dieser rein äusserlichen Unterscheidung Theorien aufzubauen versuchten ²⁾ und den vermeintlichen Gegensatz der Begriffe mit den Schlagworten „Gehilfe“ — „Substitut“ markierten. Sie haben damit redlich zur Begriffsverwirrung und zur Ver-

¹⁾ Mitteis, a. a. O., S. 288.

²⁾ So Dankwardt, die loc. cond. operis, in Jher. Jahrb. f. Dogm. XIII. S. 323.

dunkelung der ausschlaggebenden Gesichtspunkte beigetragen ¹⁾. In der That ist für die richtige Erfassung des § 278 eine reinliche Sonderung des „Gehilfen“ vom „Substituten“ unentbehrlich. Nur liegen die trennenden Merkmale anderswo und tiefer:

Ein Substitut übernimmt vom Schuldner dessen Verbindlichkeit und macht sie zu seiner eigenen. Er tritt folglich in den Obligationsnexus ein in dem nämlichen Augenblick, wo der Schuldner daraus ausscheidet, er wird an dessen Stelle Mitcontrahent des Gläubigers und bringt durch Erfüllung eine eigene Verbindlichkeit zum Erlöschen.

Ein Gehilfe jedoch tritt zur Gegenpartei in keinerlei obligatorische Beziehungen, sondern ist nur dem Schuldner auf Grund eines „mindestens vorübergehenden Abhängigkeitsverhältnisses“ ²⁾ zur Arbeit verpflichtet: *ministerium tantummodo præstare videtur* ³⁾. Er bleibt also gänzlich ausserhalb des Obligationsnexus und bringt durch seine Thätigkeit eine fremde Verbindlichkeit, die des Schuldners, zum Erlöschen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er mit dem Schuldner zusammen leistet, oder ob er, wie der Substitut, statt seiner, allein thätig wird. Es leuchtet ein, dass in § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches von Gehilfen in diesem, prägnanten Sinne die Rede ist. Denn nach dem Wortlaut bedient sich der Schuldner der Personen, für deren Handlungen er verantwortlich ist, „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“. Ihr Thätigwerden ändert somit an dem Obligationsnexus nichts, sie sind Gehilfen und bleiben dies, auch wenn sie die

¹⁾ vgl. Leonhard, in den Verhandl. des 17. deutsch. Juristentages, S. 351.

²⁾ Abicht, Haftung des Unternehmers bei einer Werkverdingung etc. (Gött. Inaug.-Diss. 1891), S. 5.

³⁾ fr. 15 de pec. const. 13,5.

Erfüllungshandlung allein vornehmen. Vom Substituten dagegen handelt gelegentlich der Lehre vom Mandat § 664, und es ist höchst bezeichnend, dass hier zur besseren Verdeutlichung des Substitutenbegriffs der Gegensatz zum Gehilfen des § 278 betont wird.

Aus den vorstehenden Ausführungen schöpfe ich die Berechtigung, fortan die Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, kurzweg als „Gehilfen“ zu bezeichnen und im Einklange damit vom Substituten gänzlich abzusehen.

Durch ein Verschulden solcher Gehilfen wird nach § 278 der Schuldner in Mitleidenschaft gezogen ohne Rücksicht darauf, ob ihm selber im Zusammenhang mit der Handlung des Gehilfen ein Verschulden zur Last zu legen ist oder nicht, insbesondere also unabhängig davon, ob die Zuziehung eines Gehilfen unstatthaft war oder aber dem Schuldner freistand. Dennoch wird man streng genommen auf die Haftungsvorschrift des § 278 nur dann zurückgreifen, wenn in der Zuziehung des Gehilfen kein Verschulden des Schuldners zu finden ist. Denn nur in diesem Fall erhält die Norm die ihr eigenthümliche Bedeutung einer Haftung über eigenes Verschulden hinaus; im anderen Falle, wo der Schuldner sich eines Gehilfen bediente, ohne es zu dürfen, haftet er für das Thun und Lassen desselben schon auf Grund eigener Verschuldung, nämlich wegen der in der Zuziehung trotz Verbot liegenden *culpa in eligendo*, und die Berufung auf eine Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden bleibt dem Gläubiger hier erspart.

Wann nun der Schuldner die Vornahme der Leistung ganz oder teilweise einem von ihm zugezogenen Gehilfen überlassen durfte, dafür ist zunächst die Wortfassung des seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegenden Vertrages, der ausgesprochene Parteiwille, entscheidend.

Indess wird es hieran häufig fehlen, so im Falle einer Legalobligation: Die Natur der Leistung¹⁾ muss uns dann den Weg weisen:

Es giebt Leistungen, zu deren ordnungsmässiger Vornahme nicht mehr erforderlich ist als Besitz der Fähigkeiten eines *quivis ex populo*, eines Durchschnittsmenschen. Beispiel: Die Tilgung einer Geldschuld. Den Wert solcher Leistungen beeinflusst es nicht, wer sie vornimmt, wenn sie nur überhaupt vorgenommen werden. Sie sind unpersönlich und in Bezug auf ihr Subjekt unbeschränkt vertretbar — gleichwie Genusleistungen in ihrem Objekt.

Es giebt ferner Leistungen, deren Vornahme gewisse technische, nicht jedermann geläufige Kenntnisse und Fähigkeiten zur unerlässlichen Voraussetzung hat. Hierher gehört das Einsetzen der neuen Fensterscheibe und das Oeffnen des unzugänglichen Schlosses. Man kann sie „beschränkt vertretbare“ Leistungen nennen und den Obligationen auf ein sog. „übersehbares“ genus vergleichen.

Es giebt endlich solche Leistungen, die ihren Hauptwert darin finden, dass eine ganz bestimmte, in eigenartiger Weise dazu befähigte Person sie vornehme: z. B. das Componieren eines Festliedes durch einen berühmten Musiker. Sie sind höchstpersönlicher Natur, gleichsam Speciesobligationen in subjektiver Beziehung. Es liegt auf der Hand, dass bei Leistungen der ersten Gruppe der Verpflichtete nach der Natur der Sache die Wahl hat, selbst zu erfüllen oder sich zum Zwecke der Erfüllung ganz oder teilweise eines Gehilfen zu be-

¹⁾ Vgl. c. un. § 9 de cad. toll. 6,51: „si vero talis est conceptio verborum et facti natura . . .“.

Vgl. auch Mommsen, Beiträge zum Obl.-R. I S. 64 bis 86.

dienen, dass er bei Leistungen der zweiten Gruppe die nämliche Wahl hat, indess beschränkt auf eine bestimmte Gruppe von Personen, dass er endlich zur Vornahme von Leistungen höchstpersönlicher Natur sich eines Gehilfen überhaupt nicht bedienen darf.

Für uns ist das Ergebnis dieser Trichotomie, dass die Haftungsnorm des § 278

1. ihr eigentliches Geltungsgebiet nur da hat, wo es sich um Leistungen der ersten Gruppe handelt;

dass sie

2. nicht in Wirksamkeit tritt da, wo es sich um Leistungen der letzten Gruppe handelt; und dass sie endlich

3. bei Leistungen der mittleren Gruppe nur innerhalb mehr oder minder enger Grenzen zur Geltung kommt.

Hiermit sind die Umrisse der in § 278 gegebenen Regel nach allen Seiten festgelegt, ihr extensiver Gehalt durch reinliche Ausscheidung all der Fälle gekennzeichnet, die *prima vista* einbezogen zu sein schienen, in Wirklichkeit jedoch jenseits der Peripherie lagen. Was den intensiven Gehalt der Gesetzesvorschrift anlangt, so wird er durch wenige Worte charakterisiert:

„In gleichem Umfange“ wie eignes Verschulden hat der Schuldner das Verschulden seines Gehilfen zu verantworten. Darin liegt:

1. Regelmässig haftet der Schuldner für *culpa levis* des Gehilfen, denn auch er selber ist soweit verantwortlich (§ 276, 1).

2. Zuweilen haftet er weniger scharf, nämlich

a) nur für *culpa lata* des Gehilfen. So als Schenker — § 521 —, als *negotiorm gestor* bei Abwendung dringender Gefahr — § 680 —;

b) nur für *culpa in concreto* des Gehilfen, und zwar

an seiner, des Schuldners, *diligentia* gemessen: So als Gesellschafter — § 708 —.

Doch macht das Gesetz eine Einschränkung zu Gunsten einer milderer Haftung: Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 soll keine Anwendung finden: Durch das *pactum ne dolus præstetur* kann also der Schuldner etwaigen *dolus* des Gehilfen von seiner Haftung ausschliessen, während er sich für eigenen *dolus* keinen Ablass vorausbedingen darf. Auch die Verantwortlichkeit für *culpa* seines Gehilfen ist dem Schuldner selbstverständlich wegzustipulieren möglich: Folgt das schon aus dem dispositiven Charakter der gesetzlichen Haftungsregeln überhaupt, so zwingt vollends zu dieser ergänzenden Auslegung des § 278 der Schluss *a maiore* — der Nichthaftung für *dolus* — *ad minus* — auf die Nichthaftung für *culpa*.

§ 2.

Die Analyse der in § 278 enthaltenen Norm nach Umfang und Inhalt war notwendig, um den Weg zu ebnen, der uns nunmehr an unser eigentliches Thema heranführt. Woher diese inhaltschwere Verhaftung des Schuldners? Ist sie die schlichte Codifikation eines ungeschriebenen, aber praktisch bereits geübten Rechtsatzes aus dem gemeinen Recht? Bildet sie den Schlussstein einer endlich zum Ziel gelangenden Rechtsentwicklung? Oder bezeichnet sie gar eine neue Bahn, den Einzug socialer Ideen, von denen das gemeine Recht unberührt blieb? Die vergleichende Gegenüberstellung des römischen Rechts auf der ganzen Linie seiner Entwicklung muss das lehren.

Die herrschende Meinung wird mit ihrem Urteil schnell fertig sein:

§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches schreitet über die festen Grenzen des römischen Haftungsprinzips hinweg und fällt damit aus dem System des römischen Rechts heraus. Denn die römische Obligation hat das Kulpaprinzip zur Grundlage, den individualistischen Gedanken, dass jeder Schuldner nur für eigenes Verschulden aufzukommen hat, sofern dies in die Abwicklung des obligatorischen Verhältnisses störend eingreift. Und zwar ist dies die *culpa levis*, abstrakt gemessen an der *Diligentia* des ordentlichen Hausvorstandes. Mildere Haftung hat in wenig Ausnahmefällen in Form der *culpa lata* und der *culpa in concreto* Anerkennung gefunden; darüber hinaus aber, d. h. auch ohne eigenes Verschulden ist der Schuldner zur Verantwortung nur zu ziehen, entweder wenn er vertragsmässig die Haftung für *casus* oder fremde *culpa* übernahm, oder falls ihn besondere gesetzliche Vorschrift bindet. Hierher rechnet man dann:

1. die Verantwortlichkeit für *casus* aus dem *receptum*,
2. die Verantwortlichkeit für fremde *culpa* seitens des Käufers, der die *actio redhibitoria* anstrengt.

3. Das Reichsgericht ¹⁾ und mit ihm mehrere Romanisten ²⁾ vertreten und stellen ferner in diesen Zusammenhang die unbedingte Verantwortlichkeit des *conductor operis* für seine Gehilfen.

Ist dies richtig, so erscheint allerdings § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches als ein Sprung ins Dunkle. Es wird aber zu zeigen sein, dass der Gedanke der Eintrittspflicht des Schuldners für fremde *culpa* keines-

¹⁾ R. G. E., Bd. 10 Nr. 45.

²⁾ So Ubbelohde, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen u. s. w. in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsr. VII. (1864), und im Arch. für prakt. Rechtswiss. VII. (1860); Dernburg, Pand. (4. Aufl.) II § 113 A. 13.

wegs so sehr „*contra elegantiam iuris Romani*“ verstösst, wie man zuweilen ¹⁾ glauben machen möchte, dass er vielmehr dem römischen Recht in gewissen Stadien seiner Entwicklung in weiterem Umfange geläufig ist:

Nicht als ob alle Einzelercheinungen ausgedehnter Haftung, die sich im römischen Recht darbieten, in den Kreis unsrer Betrachtung gehörten. Das brauche ich kaum zu betonen. Auf viele von ihnen treffen die Voraussetzungen des § 278 nicht zu. Zur besseren Aufklärung des Geländes, auf dem wir uns zu bewegen haben, dient es, wenn ich diese Fälle analoger, aber nicht congruenter Haftpflicht hier vorwegnehme und so freie Bahn schaffe für die eigentliche Untersuchung.

Unberücksichtigt muss bleiben, weil es sich nicht um Verschulden innerhalb eines bestehenden Obligationsnexus handelt:

1. Die Haftung der *publicani* für bestimmte Delikte ihrer *familia*: fr. 1 pr. *de publ.* 39,4;
2. die Noxalhaftung des Hausherrn;
3. die *actio de dei. et eff.* und verwandte Klagen;
4. die Pönalklagen gegen den *nauta caupo stabularius* bei *furtum* und *damnum iniuria datum*.

Keine Berücksichtigung ferner darf die adjektivische Haftung finden, weil sie eine Verpflichtung zwar *ex causa obligationis*, aber aus fremder Obligation darstellt.

Ebenso wenig Beachtung endlich kann

1. der Haftung für fremde *culpa* bei mangelnder Befugnis, Gehilfen heranzuziehen
und
2. der Haftungsschärfung bis auf *casus* bei *furtum* oder *mora* des Schuldners
geschenkt werden.

Beidemale entspringt die Verpflichtung des Schuld-

¹⁾ Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsrecht, XVI S. 342.

ners zwar aus eigener Obligation, aber ist auch nur die Folge eignen Verschuldens. Das habe ich bezüglich der mangelnden Vertretungsbefugnis oben ¹⁾ dargelegt. Beim *furtum* versteht es sich; nur die *mora* scheint Bedenken zu erwecken. Sie ist gewiss nicht als einfache Unterart der *culpa* aufzufassen; ebenso sicher aber ist, dass sie den Römern als eine Form der Verschuldung erscheint ²⁾. Freilich hat sich hier bereits unter Umständen der ursächliche Zusammenhang mit der Verschuldung recht gelockert. So soll nach fr. 1 § 25 dep. 16,3 der Schuldner, der ein *furtum rei* beging, in Folge davon selbst für den Schaden aufkommen, der mit dem *furtum* in keinem Causalnexus steht ³⁾.

Wenn ich jetzt nach Sichtung des Materials und Aussonderung des Ballasts von der echten Ware, die uns bis ans Ziel begleiten soll, die Darstellung der römisch-rechtlichen Fälle von Verhaftung des Schuldners für *culpa* seines Gehilfen beginne, so wird es sich zunächst nicht vermeiden lassen, altbekannte Dinge aufs neue aufzutischen. Aber nicht das Wie? der Haftung, sondern das Warum? ist hier der Angelpunkt der Erörterung. Die Frage, inwieweit diese Einzelercheinungen weitgreifender Verantwortlichkeit aus einem gemeinsamen Princip herausgewachsen sind, die Frage ferner, ob sich in diesem Princip sociale Tendenzen verraten, steht auf der Tagesordnung.

Es finden sich Pandektenstellen, die unzweideutig auszusprechen scheinen, dass die Wahl eines objektiv untauglichen Gehilfen schon an und für sich eine „*culpa in eligendo*“ darstelle. So

¹⁾ Oben S. 8.

²⁾ vgl. Mommsen, a. a. O. III S. 21 ff., v. Wyss, Haftung für fremde culpa, S. 78.

³⁾ vgl. Windscheid, Pand. (7. Aufl.) II § 375 A. 10 a.

fr. 60 § 7 loc. 19,2: . . . *illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eius modi damno te afficeret.*

fr. 11 comm. 13,6: *qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.*

fr. 5 § 6 de O. et A: *aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur.*

Consequenz dieser Auffassung wäre der Rechtssatz: *Culpa* des Gehilfen ist allemal dem Principal als *culpa* anzurechnen; und danach würde sich § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine getreue Codifikation des römischen Rechts entpuppen.

Das ist jedoch nur eine schöne *Fata morgana*: Goldschmidt¹⁾ weist überzeugend nach, dass es sich in jenen Quellenstellen teils um eine Ungenauigkeit der Ausdrucksweise handelt, sodass nach der Absicht der Juristen der „Erweis der Schuldlosigkeit des Principals keineswegs ausgeschlossen“ ist — so in den beiden ersten hier citierten Fragmenten²⁾, dass wir es zum anderen Teil mit blosser Fiktion von *culpa* zu thun haben als einem „rein theoretischen Notbehelf“³⁾, gewisse Fälle anomaler Haftung auf allgemeinere Rechtsgrundsätze zurückzuführen. So in fr. 5 § 6 de O. et A., wo die Haftung des *nauta* aus den Pönalklagen mit einem „gleichsam in Verschuldung“ erläutert wird. „Untüchtig wählen“ ist vielmehr nicht gleichbedeutend mit „einen untüchtigen wählen“⁴⁾, und an die Spitze unserer Untersuchung haben wir den Cardinalsatz zu stellen: Kulposes Verhalten des Gehilfen an sich gilt

¹⁾ Ztschr. f. H.-R. XVI S. 340 ff.

²⁾ Bezüglich fr. 11 com. vgl. auch unten, S. 98.

³⁾ Goldschmidt, a. a. O. S. 342.

⁴⁾ Burchardi, die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen u. s. w., S. 129.

nach römischem Recht nicht als *culpa* auch des Herrn, . . . *neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit* ¹⁾, sondern der Herr haftet für das Verschulden seines Gehilfen, wenn er überhaupt haftet,

entweder 1) als für fremdes Verschulden,
oder 2), weil ein Verschulden seinerseits concurriert.

§ 3.

Eine geläufige und alltägliche Vorstellung ist, dass der *nauta caupo stabularius* aus dem *receptum* für das Schicksal der anvertrauten Sachen und Personen unbedingt verantwortlich ist, also auch das diesbezügliche Verschulden seiner Gehilfen zu vertreten hat. Ich stelle diese Haftung zusammen mit derjenigen des *emptor redhibens* und der dem *conductor operis* neuerdings vom Reichsgericht auferlegten und fasse alle drei als Fälle einer Verpflichtung „gemäss gesetzlicher Ausnahmebestimmung“ zusammen. Diese Ueberschrift bedarf wenn nicht einer Entschuldigung so doch einer Erläuterung: Es scheint, als läge in der Proklamierung der weiteren Haftung als einer Ausnahmebestimmung die Anerkennung des Kulpaprincips als der Regel, als würde also das zur Voraussetzung genommen, was erst im folgenden auf seinen Feingehalt geprüft werden soll: Doch das ist nicht der Sinn jener Rubricierung. Sie will nur besagen, dass nach allgemeinem Haftungsprincip allerdings in jedem der drei Fälle der Schuldner nur bis zu eigener *culpa levis* einzustehen haben würde. Welches aber dies allgemeine Haftungsprincip ist, soll damit nicht vorweggenommen sein.

Nach dem ädilicischen Edikt ist der *emptor redhibens*

¹⁾ fr. 12 de pec. et com. 18,6.

gehalten, dem Verkäufer Ersatz zu leisten, „*si quid post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit*“¹⁾. „*Familia*“ und „*procurator*“ zusammen gehen in dem Gehilfenbegriff auf. Der Verkäufer soll seine Sache unversehrt wiedererhalten. Die römischen Juristen bringen diese Verpflichtung unter den Gesichtspunkt der aquilischen *culpa*²⁾. Der Käufer hat die schuldhafte Beschädigung der zu redhibierenden Sache durch ihn selbst, seine Familie und seinen *procurator* zu vertreten, insofern dadurch eine Wertminderung der Sache bedingt ist, *si deterius . . . factum est*³⁾. Zweierlei ist bemerkenswert:

1) Die culpose Wertminderung an sich genügt nicht zur Begründung der Haftung des Käufers. Sie muss sich ausserdem als eine Folge des Verkaufs darstellen, oder, negativ gesprochen, sie hätte nicht eintreten dürfen, wenn die Sache beim Verkäufer geblieben wäre⁴⁾.

2) Die weitgehende Haftung des Käufers ist das Gegenstück zu seinem Redhibitionsanspruch, dessen *condicio sine qua non*. Nur insofern er sein Redhibitionsrecht geltend macht, haftet er. Er kann folglich auf der einen Seite sich der Haftpflicht durch Aufgabe des Redhibitionsanspruches entziehen⁵⁾, andererseits tritt seine Obligation auf unversehrte Rückgabe erst mit Erhebung der Wandlungsklage, im klassischen Recht mit der *litis contestatio*, ins Leben. Eine schuldhafte Beschädigung der Sache, die vor diesem Zeitpunkt

¹⁾ fr. 1 § 1 de ædil. ed. 21,1.

²⁾ vergl. Pernice, Labeo (I. Aufl. 1878), II. S. 326; Dernburg, Pand. II § 101 A. 5.

fr. 25 § 5 }
fr. 31 § 9 } 21,1.

³⁾ fr. 23 pr. h. t.

⁴⁾ fr. 25 § 4 h. t.

⁵⁾ vergl. Wyss, a. a. O. S. 86.

erfolgte, steht im Grunde genommen ausserhalb jedes Obligationsnexus; sie ist als Verletzung jener Obligation nur aus dem Gesichtspunkte construierbar, dass man gleichsam der Obligation die Verletzung mit in die Wiege legt, sie im Augenblick ihrer Entstehung auch als verletzt betrachtet. So lässt sich dieser Fall zur Not den Umrissen unseres § 278 einfügen. Indess auch den römischen Juristen gilt er als eigentlich nicht hierhergehörig. Ulpian bemerkt ausdrücklich, dass die vor der Litiscontestation eingetretene Wertminderung *non valde ad eum (iudicem) pertinet*, „wenn es ihm nicht ausdrücklich zur Berücksichtigung überwiesen ist“¹⁾.

Forschen wir nach dem Princip, das der Verantwortlichkeit des *emtor redhibens* für Verschulden seiner *familia* und seines *procurator* zu Grunde liegt, so gewährt einen Anhalt dafür die Erläuterung, die Pedius in fr. 31 § 14 h. t. für die Gleichstellung des *tutor*, *curator* und der *ceteri* mit dem *procurator* giebt: *et ita Pedius ait, et adicit, quibus administratio rerum, culpam abesse praestare non inique dominum cogi*. Einfache Billigkeitserwägungen also rechtfertigen in den Augen des Juristen die abnorme Haftung des Schuldners. In der That darf man in ihr nicht die Anpassung des *emtor redhibens* an ein bestimmtes ausserhalb liegendes Haftungsprincip entdecken wollen, sondern sie ist als Einzelerrscheinung, herausgewachsen aus billiger Berücksichtigung der besonderen Sachlage des Redhibitionsprocesses zu würdigen. Das Recht gestattet dem Käufer mit der *actio redhibitoria* eine verspätete Reue. Das ist eine grosse Vergünstigung²⁾. Dann verlangt aber die *bona fides*, dass, wenn er einmal redhibiert, er auch gewissenhaft redhibiert und alles erstattet, was er empfing.

¹⁾ fr. 25 § 8 h. t. Pernice, Labeo, II S. 326 Anm. 40.

²⁾ vergl. Wyss, a. a. O. S. 86.

§ 4.

Die Haftung des *nauta caupo stabularius* bis zur höheren Gewalt nach dem *receptum nautarum* ist vielfach durchdacht und dargestellt worden ¹⁾, sodass ich mich an dieser Stelle auf Andeutungen beschränken darf: Détailmalerei ist überflüssig. Für uns treten folgende Momente in den Vordergrund: Das zu Grunde liegende obligatorische Verhältnis ist *locatio conductio* — *si quidem merces intervenerit* —, oder *depositum* — *si gratis res susceptae sint* ²⁾. Darnach bemessen, würde sich die Haftpflicht des Schuldners nicht über eigne *diligentia* hinauserstrecken ³⁾. Der Prätor aber verbindet ihn, unbedingt zu restituieren, *quod salvum fore receperit*. So trägt er jetzt das *periculum* der anvertrauten Sachen:

fr. 4 pr. *nautae* 4,9: . . . *cuius sit periculo*.

fr. 14 § 17 *de furtis* 47,2: . . *periculum rerum ad eos pertinet*.

Die klassischen Juristen feilen diesen harten Rechtsatz aus und verfeinern ihn ⁴⁾: Der Uebernehmer hat für die Sachen „*custodia*“ zu leisten, und diese reicht heran bis an die „höhere Gewalt“: Nur „*damnum fatale*“ oder, was damit identisch ist, „*vis maior*“ befreien ihn.

fr. 1 § 8 h. t.: *omnium eum recipere custodiam, quae...*

fr. 5 pr. h. t.: *mercedem accipiunt non pro custodia . . . et tamen custodiae nomine tenentur*.

¹⁾ s. namentlich Goldschmidt, das *receptum* etc., in der Ztschr. f. H.-R. III.

²⁾ fr. 3 § 1 *nautae* 4,9.

³⁾ *ibid.*: „et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur.“

⁴⁾ vergl. Pernice, Labeo, II S. 349.

fr. 1 § 4 *furti adv.* 47,5: *recipiendo periculum custodiae subit.*

Der Ausdruck „*custodia*“, „*custodiam praestare*“ muss hier einen prägnanten Sinn haben. Daraus ergibt sich, dass er in den Quellen in verschiedener Bedeutung vorkommt — und darin liegt die Schwierigkeit, die dieses mysteriöse Wort der Wissenschaft schon bereitet hat und noch bereitet. Beschränken wir uns, um nicht den Rahmen unseres Thema zu überschreiten, auf obligatorische Verhältnisse, so enthält der Ausdruck „*custodia*“ hier offenbar Faktisches und Juristisches.

„*Custodia*“ ist der Gewahrsam, die Verwahrung, in der eine Sache sich befindet, der daraus sich ergebende thatsächliche Schutz vor äusseren Ereignissen, durch welche die Sache beschädigt werden könnte.

Wer aber für einen andren verwahrt, der soll gemeinhin erfolgreich verwahren, er haftet in gewissen Grenzen dafür, dass die Sache wirklich vor schädigenden Ereignissen gewahrt wird. So vertieft sich der Begriff der *custodia* zu juristischem, man könnte sagen: obligatorischem Gehalt, *custodia* bezeichnet, wie den thatsächlichen Schutz, so auch den juristischen Schutz gegen äussere schädigende Ereignisse, eine Haftpflicht.

Da, wo die *diligentia patris familias* die Grundlage aller Haftung bildet, wird von ihr als Ferment auch die *custodia* durchsetzt werden, weil sie eine Haftpflicht, ein Ausschnitt aus der Gesamthaftung ist; mit andren Worten: die *custodia* bezeichnet oft nichts andres als *diligentia in custodiendo* ¹⁾).

Aber nicht immer! Das beweist das *receptum nautarum*: Hier hat „*custodia*“ einen über *diligentia in*

¹⁾ So mit gewichtigem Eifer Hasse, die Culpa des röm. Rechts, S. 283; vgl. fr. 35 § 4 de contr. empt.: „*talis custodia*“; § 5 J de loc. et cond. 3,24: „*talis custodia*“.

custodiendo weit hinausgehenden, prägnanten, technischen Inhalt ¹⁾, und es ist kein Zufall, dass hier die Quellen kurzweg von „*custodia*“ reden, während sie in jenen Fällen vorsichtig definieren: „*talis custodia, qualem bonus pater familias praestare debet*“. Nur diese „technische *custodia*“ ²⁾ kommt für uns in Betracht, denn nur ihr wohnt eine Haftung für fremde *culpa* inne; wir werden weiter unten sehen, wie sehr sie in den Mittelpunkt des Interesses zu rücken bestimmt ist ³⁾.

Die technische *custodia* umfasst Casushaftung mit Ausschluss der *vis maior*. Sie liegt also jenseits der Diligenz ⁴⁾, aber diesseits der *vis maior*. Wie die *custodia* auf der einen Seite die *diligentia* zum Nachbarn hat, so stösst sie auf der andern an das Gebiet der *vis maior*. Aber wo diese Grenze läuft, ist bekanntlich lebhaft bestritten. Anstatt zu entscheiden, ob abstrakte und objektiv ein für allemal feststehende Merkmale massgebend sind für die Einreihung der einzelnen Zufälle unter *vis maior* oder *custodia*, oder ob man von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des subjektiven Könnens zu sichten hat, stellen die römischen Juristen nur unvollkommene Kataloge von Fällen der *vis maior* auf.

Ich habe auf die Streitfrage nicht *ex officio* einzugehen; doch ist eine kurze Stellungnahme zu ihr um so mehr geboten, als deren Ergebnis geeignet ist, über mehrere für uns wichtige problematische Quellenstellen Licht zu verbreiten ⁵⁾.

¹⁾ Das giebt selbst Hasse zu, der sonst nur *culpa* = getränkte *custodia* kennt: S. 290.

²⁾ So nach Windscheid, Pand. II § 264 A. 9.

³⁾ Sie wird im folgenden kurzweg als „*custodia*“ bezeichnet.

⁴⁾ vgl. Pernice, Lab. II S. 346.

⁵⁾ fr. 18 pr. comm. 13,6; fr. 25 § 7 loc. 19,2; fr. 1 § 4 de O. et A. 44,7: davon unten § 5 und § 9.

Hält man sich gegenwärtig, dass das Wort „*custodia*“ neben dem eigentlichen und urwüchsigen Sinn der „Verwahrung“ den feineren und kunstvolleren der „Verwahrungspflicht“ in sich aufgenommen hat, so wird man, meine ich, nicht umhin können, mit Windscheid die technische *custodia* als eine „gesteigerte persönliche Obhut und Fürsorge“ ¹⁾ aufzufassen, welche den Zweck hat, casuellen Schaden aller Art abzuwenden. Hiernach versteht es sich, dass ein Verschulden der Gehilfen des *nauta caupo stabularius* ausnahmslos von seiner *Custodia*-Haftung gedeckt wird. Die Quellen heben von vertretbaren Ereignissen namentlich *furtum* und *damnum iniuria datum* hervor und betonen deren Vertretbarkeit, auch wenn nicht Gehilfen, sondern Dritte die Thäter waren:

fr. 5 § 1 h. t.: . . . *non enim dubitari debet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur;*

fr. 1 § 8, fr. 2 h. t.: . . . *et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, sicut et caupo viatorum.*

Doch bedarf das für die Sachbeschädigung einer Einschränkung: Begriffsmoment des *furtum* — *nota bene*: des „*furtum*“ im Sinne des *receptum nautarum* — ist, dass keine Gewalt geübt wurde: Sonst wird das *furtum* zum Raube, und dieser gilt als höhere Gewalt. Das unverschuldete *furtum* unterliegt hiernach stets der *Custodia*-Haftung; bei der Sachbeschädigung aber ist eine Schranke nicht gezogen ²⁾: Zum *damnum iniuria datum* gehört auch die gewaltsame Sachbeschädigung,

¹⁾ Windscheid, Pand. II § 264 Anm. 9. Eine Bestätigung hierfür bilden mehrere Aussprüche von Gaius, namentlich fr. 1 § 4 de O. et A. S. unten S. 86.

²⁾ Vergl. Pernice, Labeo, II S. 349.

die zur *vis maior* gerechnet wird. Man muss hier also unterscheiden, und Pomponius deutet das klar genug an mit den Worten: „ . . . *tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit*“ ¹⁾.

Denn gegen äussere Gewalt versagt die *custodia*: *custodia adversus vim parum proficit* ²⁾. Hieraus ist aber weiter die Schlussfolgerung zu ziehen, dass „*vis maior*“ alles das ist, wogegen *custodia parum proficit*, alle Ereignisse also, „welche der Uebernehmer auch mit der äussersten, peinlichsten Sorgfalt nicht hätte abwenden können“ ³⁾.

So führt uns denn unser Resultat der herrschenden, von Goldschmidt ⁴⁾ entwickelten Theorie zu, wonach die *vis maior* nicht durch eine feste und engbegrenzte Gruppe bestimmter äusserer Ereignisse gebildet wird, sondern die Verhältnisse des einzelnen Falles mit ihren subjektiven und concreten Kriterien den Ausschlag geben für die Beantwortung der Frage: Wäre *custodia* wirksam gewesen, d. h. wäre durch sie der Unfall abgewandt — oder nicht, sodass das Vorliegen von *vis maior* anzunehmen ist.

Dabei verdient eins hervorgehoben zu werden. Die Wendungen „*damnum fatale*“ und „*vis maior*“ sind identisch und durchaus technisch für diejenigen *casus*, welche von *custodia* nicht erfasst werden. Goldschmidt freilich sucht zu erweisen, dass beide Ausdrücke in den Quellen „schlechthin zur Bezeichnung unverschuldeter Ereignisse“ vorkommen, also den „blossen Gegensatz zur *culpa*“ markieren. Er gerät dadurch in das „Dilemma,

¹⁾ fr. 3 § 1 h. t.

²⁾ fr. 31 pr. loc. 19,2.

³⁾ Windscheid, Pand. II § 384. Anm. 6.

⁴⁾ Ztschr. f. H.-R. III.

eine gleichzeitige Haftung und Nichthaftung für den Zufall“¹⁾ annehmen zu müssen und braucht seinen ganzen Scharfsinn auf, dies selbst erfundene „Rätsel“ zu raten. Aber solch' arge Verflachung der beiden Worte ist durchaus quellenwidrig: In allen von Goldschmidt angeführten Stellen²⁾ bis auf eine ist im Gegensatz zur *vis maior* gerade nicht von *culpa* die Rede, sondern von — *custodia*! und in dieser einen l. 30 *de pign. act.* 13,7 erklärt sich die Gegenüberstellung von *culpam dumtaxat* — *non vim maiorem* sehr einfach damit, dass hier nicht allgemein und abstrakt gesprochen ist, sondern nur der concrete, dort gegebene Fall höherer Gewalt (*flumen crevit et ratem abstulit*) in seinem Einfluss auf die Haftpflicht des Schuldners erläutert werden soll; für solche höhere Gewalt habe der *debitor* nicht aufzukommen (*non vim maiorem sc. praestandam*), denn er habe ja nur *culpa* zu vertreten (*culpam dumtaxat ei praestandam*).

Wenn ferner Goldschmidt der „*vis maior*“ den Charakter eines *terminus technicus* auch mit dem Hinweise darauf zu nehmen versucht³⁾, dass für Elementarereignisse „ebenso häufig der Ausdruck *casus fortuitus* vorkommt“, so wird er auch da kaum durchdringen. Denn einmal weiss er für dieses „ebenso häufig“ nur eine einzige Stelle, fr. 24 § 3 *de damn. inf.* 39,2 aufzuzeigen⁴⁾, wo man unter „*casus fortuitus*“ Elementarereignisse wird verstehen müssen; die Bezeichnung ist also jedenfalls sehr viel seltener. Andererseits ist das aber doch kein zwingender Grund, den Ausdruck „*vis*

¹⁾ A. a. O. S. 93.

²⁾ Es sind: fr. 1 § 4 *de O. et A.*; fr. 2 § 1 *de per. et comm.* 18,6; § 7 *de ed.* 2,13; fr. 13 § 1, fr. 30 *de pign. act.* 13,7; c. 28 *de loc.* 4,65.

³⁾ A. a. O. S. 90.

⁴⁾ Er zählt ausserdem auch solche auf, in denen der Ausdruck „*casus fortuitus*“ nicht einmal vorkommt!

maior“ von Amt und Würden zu entheben. Macht doch auch das „*damnum fatale*“ der technischen Bedeutung von *vis maior* friedliche Konkurrenz, ohne ihr Eintrag zu thun! Goldschmidt leugnet allerdings auch dies ¹⁾, unter Berufung auf fr. 52 § 3 pro soc. 17,2. Unbegreiflicherweise: Gerade hier werden als *damna fatalia*, die den Gesellschafter nicht haften machen, *latrocinium* und *incendium* genannt, und diesen *damna fatalia* das *furtum* als ein Zufall gegenübergestellt, welcher der *custodia* unterliegt. Ganz unzweideutig aber redet die schon herangezogene l. 3 § 1 *nautae caup.* 4,9: *tenetur . . . nisi si quid damno fatali contingit.*

Das gegen Goldschmidt. Die Auseinandersetzung mit ihm war, wenngleich sie etwas abschweifte, nötig, weil im ferneren Verlauf unserer Untersuchung die Begriffe „*vis maior*“ und „*damnum fatale*“ unentbehrliches Handwerkszeug für die Quellenanalyse sein werden.

Ueber die Entstehung und Veranlassung des *receptum* ist viel gefabelt. Meist hat die berüchtigte „*improbitas huius generis hominum*“ zur Erklärung herhalten müssen ²⁾. In Wirklichkeit brachte das *receptum* keine Verschärfung der bis dahin üblichen Haftung, es war nichts als die Erhebung einer Usance zum Rechtssatz ³⁾. Den *improbi* wurde also damit nicht zu Leibe gegangen. Den tiefer liegenden Grund aber dieser Usance und ihrer Durchbildung zur gesetzlichen Pflicht teilt Ulpian in fr. 1 § 1 h. t. mit: *Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodias eorum committere.*

¹⁾ A. a. O. S. 89.

²⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 348 Anm. 9, und fr. 3 § 1 h. t.: „nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum“.

³⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 348.

Desshalb verleiht der Prätor den stärkeren Schutz gegenüber dem Uebernehmer der Sachen, weil man sie ihm „anvertrauen“ muss, weil man gezwungen ist, zwar nicht rechtlich gezwungen, aber thatsächlich, mit ihm zu contrahieren, wenn anders man reisen, im Gasthaus einkehren, über See fahren will. Es sind also Momente der Verkehrspolitik, der öffentlichen Wohlfahrt, welche sich hier im römischen Rechtsleben Bahn brechen, es ist der Rückzug der Interessen des Einzelnen vor denen des Gemeinwohls, ein Sieg der sozialen über die individualistische Rechtsauffassung.

§ 5.

Welche Früchte dieser Sieg gezeitigt hat, welche Lebenskraft das Prinzip bewährte, das hier zu juristischer Anerkennung sich durchrang, werden wir völlig zu würdigen erst in der Lage sein, nachdem wir uns die Haftpflicht des *horrearius* vergegenwärtigt und die vermeintliche und oft mit Emphase verkündete Verantwortlichkeit des *conductor operis* für seine Gehilfen auf ihren eigentlichen Kern zurückgeführt hat.

Die Haftpflicht des *horrearius* nämlich zeigt eine auffallende Aehnlichkeit mit der des *caupo qui res salvas fore recepit*: Er muss seinen *conductores* ¹⁾, d. h. den Leuten, die Sachen zur entgeltlichen Verwahrung bei ihm einlagerten, *custodia* prästieren, und dabei macht es keinen Unterschied, ob er der *dominus horrei* ist oder seinerseits den Speicher *en bloc* vom Eigenthümer gemietet hat ²⁾. Wir haben es hier zweifellos mit einer gesetzlichen Haftpflicht zu thun: Eine Befreiung von ihr muss ausdrücklich bedungen sein ³⁾. Nicht minder gewiss

¹⁾ fr. 60 § 9 loc. 19,2.

²⁾ fr. 60 § 9 loc. 19,2.

³⁾ fr. 60 § 9 loc. 19,2.

ist, dass die „*custodia*“ im technischen Sinn verstanden sein will. Denn c. 1 de loc. 4,65 nimmt unzweideutig nur *vis maior* und *effractura*, höhere Gewalt und Einbruch aus. Welche Modificationen diese Haftung seltsamerweise durch ausdrückliche Uebernahme der *custodia* erleidet, wird uns später ¹⁾ beschäftigen.

Das Lagerhausgeschäft des alten Rom war von ausserordentlicher praktischer Bedeutung. Berichtet uns doch Paulus, dass in den *horreis homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt*²⁾. Es lässt sich nun die Annahme nicht von der Hand weisen, dass die dem *receptum* völlig inhaltsgleiche Haftpflicht des *horrearius* thatsächlich auch dem *receptum* nachgebildet ist, wenngleich in den einschlägigen Quellenstellen niemals auf den *nauta caupo stabularius* direkt verwiesen wird. Jedenfalls ist Labeo der erste, der das *receptum*³⁾, und auch der erste, der die Casushaftung des *horrearius*⁴⁾ behandelt.

Und wahrscheinlicher noch muss uns dieser Entwicklungsgang dünken, wenn wir damit die Haftungsverhältnisse des *conductor operis* zusammenhalten.

Der *conductor operis* bildet noch immer einen Zankapfel in der romanistischen Wissenschaft. Mit Argumenten aus der „Natur der Sache“ und mit Pandektenfragmenten gerüstet, stehen sich zwei feindliche Heerlager gegenüber. Die einen wollen den *conductor operis* nur für eigenes Verschulden einstehen lassen. Allen voran natürlich Hasse⁵⁾. Thöl⁶⁾ schloss sich an;

¹⁾ S. 71 ff.

²⁾ fr. 3 § 2 de off. praef. 1,15: Vergl. Baron, im Arch. f. Civ.-Pr. Bd. 52, S. 47.

³⁾ fr. 3 § 1 nautae caupo. 4,9.

⁴⁾ fr. 60 § 6 loc. 19,2.

⁵⁾ „Die Culpa des röm. Rechts“, S. 405 ff.

⁶⁾ Handelsrecht § 33 [6. Aufl.].

zur herrschenden wurde diese Theorie, seitdem Goldschmidt in einer überaus gründlichen Abhandlung ihre Richtigkeit zu erweisen versucht hatte ¹⁾. Ihm folgten von Wyss ²⁾ und Windscheid ³⁾. Auf der anderen Seite war es Ubbelohde, der zuerst in mehreren Abhandlungen ⁴⁾ energisch für die vorher schon von Puchta kurzweg behauptete unbedingte Verantwortlichkeit des *conductor* eintrat. Seine Meinung wurde von Baron ⁵⁾ und Dernburg ⁶⁾ aufgenommen. In gleichem Sinne beschloss der deutsche Juristentag von 1884, entsprechend den Ausführungen der darüber erstatteten Gutachten von Dreyer, Mayer und Leonhard; und auch das Reichsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen zur Theorie der unbedingten Haftung des *conductor* bekannt.

Die Beweisführung aus der „Natur der Sache“ ist immer mit einem gewissen Odium behaftet gewesen. Sie musste oft als *ultima ratio* herhalten, wenn alle Quelleninterpretation versagte, und sie lässt sich infolge der ausserordentlichen Dehnbarkeit des ihr zu Grunde liegenden Begriffes mit Leichtigkeit in den Dienst der Tendenz stellen. Das ist denn auch hier auf beiden Seiten versucht worden. Windscheid behandelt die Werkverdingung lediglich als eine Unterart der Dienstmiete, nicht als selbständigen, daneben stehenden Vertrag, und unterstellt sie so nach der Natur der Sache den Haftungsregeln der Dienstmiete, sodass der Schuldner nur eigene *culpa* zu verantworten hat. Es kann zugegeben werden, dass Windscheid in Bezug auf die

¹⁾ Ztschr. f. H.-R. XVI S. 287 ff.

²⁾ „Die Haftung für fremde Culpa“.

³⁾ Pand. II § 401 Anm. 5.

⁴⁾ Ztschr. f. H.-R. VII und Arch. f. pr. R.-W. VII.

⁵⁾ Arch. f. Civ.-Pr., Bd. LII und Bd. LXXVIII.

⁶⁾ Pand. II § 113 Anm. 13.

Dienstmiete Recht hat, trotzdem es „in den Quellen nicht direkt entschieden ist, wie weit der *locator operarum* für die befugterweise zugezogenen Gehilfen einsteht“ ¹⁾. Es kann aber nicht als richtig zugegeben werden die Möglichkeit, von der Dienstmiete ohne weiteres auf die Werkverdingung Schlüsse zu ziehen. Zwischen den Grundanschauungen von beiden Verträgen gähnt eine soziale Kluft ²⁾: Vermietet wurden in Rom nur niedere Dienste, die den Arbeiter stets in eine „starke persönliche Abhängigkeit“ vom Mietsherrn brachten. Werkverdingungen dagegen gehörten zu den häufigsten Verträgen des täglichen Lebens in Rom, vom Treiben der Viehherden ³⁾ bis zum Meisseln einer Statue ⁴⁾. Daraus erklärt sich denn auch die „stiefmütterliche“ Behandlung der *locatio conductio operarum*, die gründliche Bearbeitung andererseits der *loc. cond. operis* in den Quellen. Bei solcher Verschiedenheit der wirtschaftlichen Bedeutung den wichtigeren und höchst entwickelten Vertrag unter den unwichtigeren und unentwickelten unterordnen zu wollen und dann die „Natur der Sache“ d. i. die Analogie beweisen zu lassen, ist ein zu kühnes Experiment, als dass es überzeugend wirken könnte.

Das Gegenstück zur Windscheid'schen Deduktion aus der Analogie der Dienstmiete bildet die Theorie, welche die unbedingte Haftung des *conductor* für seine Gehilfen aus dem juristischen Charakter der *locatio conductio operis* selber herzuleiten sucht. Sie ist vom Reichsgericht ⁵⁾ aufgenommen und kehrt auch in den Verhandlungen des Juristentages wieder. Wer die Her-

¹⁾ Goldschmidt, XVI S. 306.

²⁾ Pernice, Parerga, S. 242 ff.

³⁾ vituli pascendi: fr. 9 § 5 loc. 19,2.

⁴⁾ statua facienda: fr. 20 de contr. empt. 18,1.

⁵⁾ R.-G.-E. X Nr. 45, S. 166.

stellung eines *opus* übernimmt, der verspricht nicht die einzelne Thätigkeit, nicht einzelne Handlungen, welche auf die Bewirkung der verdungenen Leistung abzielen und „nach den concreten Umständen des Falls von ihm persönlich als dem Unternehmer erwartet werden können, sondern er verpflichtet sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im ganzen“ ¹⁾, des ἀποτέλεσμα, kurz gesagt, er schuldet einen Erfolg. Solange dieser Erfolg, die *universitas consummationis* ²⁾, nicht erreicht ist, geht gegen ihn die Contraktsklage. Nur ein „eigentlicher *casus*“ macht ihn frei; wird aber der Erfolg durch *culpa* des Gehilfen unmöglich, so hat er das „lediglich mit sich selber auszumachen“ ³⁾.

Leonhard führt zur Verteidigung dieser sog. „Erfolgstheorie“ auch den lateinischen Wortlaut des Werkverdingungsvertrages ins Feld. Er weist darauf hin ⁴⁾, dass das Versprechen regelmässig nicht darauf ging, „das Werk herzustellen“, *insulam fabricare*, sondern dass man in passivischer Konstruktion das Werk schlechthin versprach: *insulam fabricari* oder *insulam fabricandam spondeo*. Bei der „Genauigkeit der römischen Ausdrucksweise in geschäftlichen Dingen“ ist ihm das ein sprechender Beweis dafür, dass man diese Festsetzungen beim Wort nehmen darf, dass in der That der „Promittent hier einen Erfolg garantiert“.

Allein, ist es schon an und für sich wenig wahrscheinlich, dass die römischen Juristen, die sonst keineswegs ihre Ausdrücke auf des Messers Schneide setzen, hier ausnahmsweise die passivische Konstruktion mit Bewusstsein zum Dolmetsch der Theorie vom ἀποτέλεσμα

¹⁾ R.-G.-E. X Nr. 45, S. 166.

²⁾ fr. 51 § 1 loc. 19,2.

³⁾ R.-G.-E., a. a. O. S. 167.

⁴⁾ A. a. O. S. 340.

gemacht haben, so wird Leonhard vollends widerlegt durch alle die zahlreichen Quellenstellen, in denen entweder die Verpflichtung des *conductor* aktivisch ausgedrückt ist, ohne „dass an eine ausnahmsweise bloss eigene Thätigkeit gedacht werden könnte“^{1) 2)}, oder in denen passivisch konstruiert wird, trotzdem der zu Grunde liegende Vertrag gar keine *loc. cond. operis* ist³⁾. Soll etwa dort der *conductor* nicht für den Erfolg haften, und zwar deshalb nicht, weil er aktivisch sich verpflichtete, und soll hier der Schuldner — z. B. ein Mandatar — die Handlungen seines Gehilfen unbedingt zu vertreten haben, weil er ein fertiges Werk, ein *fait accompli* versprach? Das wird Leonhard nicht im Ernst behaupten wollen!

Und was ist denn dieser „eigentliche *casus*“, der dem *conductor* die Erlösung bringt? Ist etwa ein unberechenbares äusseres Ereignis für ihn in höherem Grade *casus*, als die Nachlässigkeit eines Gehilfen, von dem er Umsicht und Gewissenhaftigkeit zu erwarten berechtigt war?

Aber noch mehr: Einen Erfolg verspricht, zur „Herstellung eines Endergebnisses im ganzen“ verpflichtet sich doch nicht nur der *conductor operis*, auch der Freund, der etwa als Mandatar die Zustellung von Wertsachen an einen Dritten übernahm, auch der Mieter, der verspricht, die gemietete Sache an dem und dem Tage zurückzustellen, sie alle versprechen nicht einzelne, auf Bewirkung der Leistung abzielende Handlungen, sondern einen Erfolg, der Mandatar die Uebermittlung

¹⁾ Rang, „Haftung des Schuldners für Dritte“ (Bonn, Inaug.-Diss. 1886), S. 9.

²⁾ so fr. 60 § 4 loc. 19,2: „vetui te opus facere“.

³⁾ so § 13 J de mand. 3,26: „polienda curandave vestimenta“.

der Wertsachen, der Mieter die Restitution. Folgerichtig müssten auch sie nicht nur für die *culpa* des Gehilfen einzutreten haben, dessen sie sich zum Hintragen der Preciosen, zum Zurückbringen der Sache bedienen, sondern jeder *casus* müsste ihnen zugerechnet werden!

Man sieht: Vertrauen wir uns der Erfolgstheorie an, so versinken wir ins Bodenlose. Kein anderer als Ubbelohde, der energische Vorkämpfer der unbedingten Haftung des *conductor*, erklärte es gleichwohl als vorurteilsfreier Kritiker für eine „baare *petitio principii*“¹⁾, diese unbedingte Haftung aus dem Wesen der *obligatio operis* herleiten zu wollen: Ein Selbstbekenntnis von dieser Seite verdient Glauben.

Enneccerus²⁾ hat dies richtig erkannt. Er sieht deshalb auch bei der Entwicklung seiner Theorie von der Beschränkung auf die *obligatio operis* ab. Jedoch entdeckt er in der reichsgerichtlichen Theorie einen „richtigen Kern“ und sucht diesen herauszuschälen, indem er alles auf den Begriff der „unpersönlichen Leistung“ basiert. Enneccerus zieht sich dabei auf allgemeine Grundlehren von der Obligation zurück und deduciert folgendermassen: „Wer eigene Leistung schuldet, schuldet eigene Diligenz, wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde Diligenz, wer eine Leistung, die durch eine noch nicht bestimmte, von ihm auszuwählende Person erfolgen soll, schuldet, der haftet für die Diligenz dessen, den er auswählt³⁾.“ Windscheid wendet hiergegen ein⁴⁾, der Prinzipal verspreche nicht eine fremde Handlung, sondern die „Bewirkung einer fremden Handlung, also Sorgfalt in der Bewirkung“.

¹⁾ Ztschr. f. H.-R. VII S. 224.

²⁾ Verhandl. d. 17. d. Jur.-T., S. 101 ff.

³⁾ *ibid.* S. 104.

⁴⁾ Pand. II § 401 Anm. 5.

Man weiss eigentlich nicht, wem man Recht geben soll: Beide Deduktionen schmecken etwas nach Sophistik. Will man Gleiches mit Gleichem vergelten, d. h. Sophismus mit Sophismus widerlegen, so wird man gegen Windscheid sagen können: Ein Baumeister verpflichtet sich nicht, *idoneis hominibus imperare, ut insulam aedificent*, sondern er verspricht den Bau schlechthin, *insulam aedificari*.

Aber auch Enneccerus' Beweisführung ist *de lege lata*, für das gemeine Recht, unhaltbar. Er gelangt doch nur auf Schleichwegen zu demselben Ziel, das Leonhard in gerader Linie erreichen wollte. Seine Theorie gilt von solchem Schuldner, der eine Leistung, „die durch eine noch nicht bestimmte von ihm auszuwählende Person erfolgen soll, schuldet“: Zu dieser Kategorie gehören aber alle Schuldner, die sich zur Ausführung der übernommenen Verbindlichkeit eines Gehilfen bedienen dürfen. Es ist damit also nichts weiter gesagt, als dass jeder Schuldner für *culpa* seines Gehilfen haftet. Soweit ist indes, das darf man getrost behaupten, das römische Recht nie gegangen.

Soviel über Argumente aus der Natur der Sache. Mit dem Scheine der Beweiskraft ausgestattet, konnten sie gleichwohl die Probe auf ihre Echtheit nicht bestehen; sie zeugten mehr von dialektischem Scharfsinn als von Einblick in die wirtschaftliche Bedeutung des Werkverdingungsvertrages. Und nur von dieser Seite ist eine Lösung der Streitfrage anzubahnen. Das wird die Prüfung der einschlägigen Quellenzeugnisse darthun.

Controversen pflegen in Antinomien ihre Ursache zu haben. So finden sich auch bezüglich unserer Frage in den Digesten zwei deutlich gesonderte Gruppen von

Stellen, deren Behauptungen *prima facie* sich schnurstracks zuwiderlaufen. Und nicht nur *prima facie*: Wir werden festzustellen vermögen, dass gewisse Digestenstellen, als gleichbedeutend neben einander gesetzt, bei objektiver Kritik stets unvereinbar bleiben, dass andererseits manche der in den Streit gezogenen Quellenaussprüche sich als völlig bedeutungslos herausstellen, da sie weder für die Theorie der unbedingten Haftung, noch für die Gegenmeinung irgendwie beweiskräftig sind. Es sei mir gestattet, zunächst diese nichtssagenden Stellen abzuthun, die Spreu vom Weizen zu sondern.

Das Reichsgericht hat zu wiederholten Malen Gelegenheit genommen, sich für die Theorie der unbedingten Haftung zu entscheiden. Eine eingehende Begründung dieser Stellungnahme findet sich jedoch nur im zehnten Band der R.-G.-E. in Nr. 45, S. 166 ff. Dort wird zunächst die Auslegung einer vielbestrittenen *lex* ¹⁾ versucht, die auch uns demnächst beschäftigen wird. Dann heisst es weiter: „Ganz unzweideutig aber redet l. 41 cit., die von Anhängern der entgegengesetzten Meinung, wie Goldschmidt, nur durch höchst künstliche Auslegung aus dem Wege geschafft worden ist“.

In fr. 40 und 41 loc. 91,2 ist nämlich davon die Rede, dass jemand gegen Entgelt die *custodia* einer Sache übernimmt. Am nächsten läge es, solchen Vertrag als eine *locatio conductio operarum* aufzufassen ²⁾.

In der That finden wir diese Auffassung beim *horrearius* durchgeführt, dem Speicherbesitzer, der als „locator“ seinen „conductores“ technische *custodia* zu prästiren hat ³⁾; und auch Ulpian giebt in fr. 1 § 8 dep. 16,3 gegen den *balneator*, der gegen Entgelt die

¹⁾ fr. 25 § 7 loc. 19,2.

²⁾ wie Enneccerus, S. 101 unten, es thut.

³⁾ Vgl. fr. 60 § 9 loc. 19,2.

Bewachung der Kleider übernahm, die *actio ex conducto*. Julian dagegen stellt den Vertrag als ein *loc. cond. operis* hin; das geht aus der Parallelstelle fr. 19 comm. 13,6, in der Julians Ausspruch im Original ¹⁾ wieder gegeben ist, deutlich hervor. Dort sagt er: „*ad eos, qui „servandum aliquid conducunt“ etc.* In fr. 41 cit. berichtet nun Ulpian von der Julianischen Ansicht, dass solcher *conductor* für die Beschädigung, die ein Dritter an der anvertrauten Sache anrichte, nicht aufzukommen habe. Er fügt jedoch zu dieser Auffassung eine Berichtigung hinzu, die Marcellus giebt, und die er am Schlusse der *lex* ausdrücklich billigt. Unter Umständen nämlich, *interdum*, trete Haftung für fremde Beschädigung in zwei Fällen ein:

1) wenn Vorkehrungen gegen die Beschädigung getroffen werden konnten, und dies nicht geschehen ist;

2) wenn der vom *conductor* bestellte Wächter selber der Schadenstifter war.

So wenigstens die übliche, schon von den Glossatoren beliebte ²⁾ Auslegung. Hier soll es klar zu lesen sein, dass der *conductor* für seinen Gehilfen unbedingt haftet.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es Marcellus nur daran lag, gegenüber der schroffen Verneinung des Julian die Möglichkeit einer Haftung für fremde Beschädigung in gewissen Fällen zu betonen. Er wählt, gewiss nicht zufällig, den vorsichtigen Ausdruck „*interdum esse posse*“. Bisweilen, unter Umständen könne es so sein. Diese einschränkenden Worte, wie Ubbelohde und seine Partei es thut, einfach zu übersehen und aus der Stelle herauszulesen: Der *conductor*

1) Vgl. Pernice, Lab. II S. 353 Anm. 33.

2) Die Glosse bemerkt zu „*custos*“: *cuius factum debet conductor praestare*.

haftet immer für seinen Wächter — ist nicht eben korrekt. Doch abgesehen hiervon bleibt es geradezu auffällig, dass mit dem „*ipse custos*“ plötzlich eine neue Person auf der Bildfläche auftaucht, von der vorher auch nicht andeutungsweise die Rede war, ein „Wächter“, der als gegebene Grösse erscheint, ohne dass wir von seiner Bestellung durch den *conductor* etwas erfahren hätten; noch auffälliger aber, dass für diese neue Person die missverständliche Bezeichnung „*ipse custos*“ gewählt wird, die mindestens ebenso gut auf den *conductor*, *qui rem custodiendam accipit*, passen würde! Diese Bezeichnung ist es, die unwillkürlich den Gedanken nahe legt, der *conductor* und der *ipse custos* seien identisch. Fast zur Gewissheit wird das, wenn wir mit Mommsen statt „*interdum esse posse*“ lesen: „*interdum posse nec interesse*“. Dann ist der Sinn der Worte des Marcellus klar der folgende: Bisweilen könne man auch bei Sachbeschädigung durch einen Dritten klagen und es als gleichwertig betrachten, ob der *conductor* Beschädigung von dritter Seite zu verhüten unterliess, oder ob er selbst als Wächter Schaden anrichtete.

Dann ist in der ganzen Stelle von einem Gehülfen des *conductor* überhaupt nichts zu entdecken. Dann ist auch — und das erhöht die Wahrscheinlichkeit der Mommsen'schen Annahme — die Wortstellung „*ipse custos*“, die bei der herkömmlichen Auslegung hart erscheint, auf das allernatürlichste erklärt: *custos* ist nicht Subjekt des Satzes, sondern prädikative Apposition zu *ipse*.

Trotz alledem soll auf die Quellenkritik von Mommsen nicht das entscheidende Gewicht gelegt werden. Gesetzt selbst, „*ipse custos*“ wäre wirklich der vom *conductor* bestellte Wächter, die Beweiskraft der Stelle scheitert gleichwohl an einem anderen Umstande.

Wir haben es hier zwar mit einer *loc. cond. operis* zu thun, aber deren ausgesprochener und einziger Inhalt ist gerade die Uebernahme der technischen *custodia*, derselben *custodia*, die der *nauta caupo stab.* kraft Gesetzesbestimmung zu prästieren hat. Der *mercedem accipiens* muss also allerdings für ein Verschulden seines Gehilfen eintreten, aber nicht auf Grund gesetzlicher Haftpflicht, sondern vertragsmässiger Uebernahme dieser Haftung. Es ist Lenel's ¹⁾ und Lehmann's ²⁾ Verdienst, auf den Zusammenhang des fr. 40 cit. mit der l. 5 pr. *nautae caup.* 4,9 aufmerksam gemacht zu haben. Sie rührt ebenso wie fr. 40 cit. von Gaius *libro V ad ed. prov.* her und spinnt den Gedanken, den Gaius dort anschlägt, auf den *nauta caupo stab.* weiter:

*nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt
non pro custodia, sed nauta, ut . . . et tamen
custodiae nomine tenentur.*

Als Regel der *custodia*-Haftung stellt hiernach Gaius den Fall hin, wo für die *custodia* ein Entgelt gezahlt wird, und die Haftpflicht des *nauta etc.*, die für die *custodia* kein Entgelt erhalten, bezeichnet eine Ausnahme von der Regel. Jetzt erst erscheint auch der Meinungsstreit, der in fr. 41 loc. 19,2 zwischen Julian und Marcellus ausgefochten wird, in der rechten Beleuchtung. Julian will das *damn. ini. dat.* von dritter Seite als *vis maior* von der *custodia*-Haftung ausgeschlossen wissen: *qua enim custodia consequi potuit, ne damnum . . . dari possit?* Marcellus jedoch greift

¹⁾ In der Palingenesie.

²⁾ C. F. Lehmann, „die Haftung des *cond. operis* für *custodia*,“ in d. Ztschr. d. Sav. Stiftg. f. Rechtsgeschichte, Rom. Abt. Bd. IX.

mit seinem „*interdum*“ die Fälle der nicht gewaltsamen Sachbeschädigung heraus und zieht sie unter die *custodia* ¹⁾.

Ich komme zum zweiten der trügerischen Quellenbeweise, fr. 60 § 7 loc. 19,2.

Der erste Teil der *lex*, in dem Labeo von der adjektischen Haftung des Herrn spricht, ist für uns ohne Interesse. Die zweite Hälfte dürfte uns füglich ebenso gleichgültig sein. Denn das dort behandelte Vertragsverhältnis ist keine Werkverdingung, sondern die Vermietung eines Sklaven. Allein Ubbelohde und Burchardi ²⁾ gestatten sich den stillschweigenden Salto mortale von der Miete auf die Werkverdingung und ziehen demnach diese Stelle als beweiskräftig heran. Sie finden in ihr den Beweis dafür, dass der *locator servi* unbedingt für das Verschulden des von ihm nach seiner Wahl gestellten Arbeiters haften müsse. Zu diesem Zwecke übersetzt Burchardi ³⁾ *illam quoque . . . elegissem* mit „ich muss auch jene Schuld des *mulio* vertreten, weil ich einen schlechten gewählt habe“. Ubbelohde dagegen erkennt die Gewundenheit dieser Auslegung an und verdeutscht: „Auch dafür habe ich als für ein Verschulden aufzukommen, dass ich“ u. s. w. ⁴⁾ Er fasst also *culpa* als schuldloses Verschulden auf und beruft sich hierfür auf andere Stellen ⁵⁾, in denen gleichfalls von einer *culpa* des Ersatzpflichtigen gesprochen wird, ohne „dass es auf dessen wirkliches Verschulden ankommt“. Mit diesem Hinweis hat Ubbelohde

¹⁾ Ebenso Pern. Lab. II S. 352 Anm. 32. Wir haben in anderem Zusammenhang auf diese interessante Meinungsverschiedenheit zurückzukommen.

²⁾ R. J. Burchardi, „Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei Erfüllung von Obligationen.“

³⁾ A. a. O. S. 129.

⁴⁾ Ztschr. f. H.-R. VII S. 281.

⁵⁾ Vgl. oben S. 15.

lohde Recht ¹⁾, der Hinweis ist aber hier am falschen Orte. Das Richtige hätte Ubbelohde getroffen, wenn er auf die Pandektenfragmente verwiesen hätte, die scheinbar *culpa in eligendo* = Wahl eines objektiv Untüchtigen setzen, denn das liegt hier vor. Labeo erörtert zuerst den Fall, wo der Herr einen bestimmten Sklaven vermietet: Hier ist ein Verschulden in der Richtung der Auswahl unter mehreren, eine *culpa in eligendo*, unmöglich. Der Herr haftet für *dolus* und *culpa* im allgemeinen. Im zweiten Falle dagegen war schlechthin „ein“ Sklave, „*sine definitione personae*“ vermietet: Hier soll der Vermieter den Gegenstand seiner Leistung erst durch Auswahl individualisieren. Da sagt Labeo von ihm: *illam quoque culpam praestaturum, quod . . . afficeret*“. Das heisst, aus dem Zusammenhang mit dem ersten Fall heraus betrachtet: Dann habe er ausser *dolus* und *culpa* im allgemeinen auch Nachlässigkeit in der Auswahl zu vertreten. Nur zu dieser Auffassung stimmt der Text der Basiliken: „ἐνέχη μοι ἐξ ὧν ἀμελῶς ἐκλεχθεὶς ἔβλαψεν.“ ²⁾ Die scheinbar objektive Fassung dieser *culpa* ist also nichts als eine unbeabsichtigte Ungenauigkeit des Ausdruckes ³⁾.

Die dritte Quellenstelle, die von Ubbelohde mit Unrecht herangezogen wird, ist fr. 5 § 8 *de inst. act.* 14,3: Labeo giebt gegen den Leichenbestatter, dessen Sklave als *institor* eine Leiche zur Bestattung angenommen hat, um sie alsbald beim Waschen auszuplündern, eine *actio quasi institoria*. Der Geschäftsherr wird aus einem Delikt seines *institor* haftbar gemacht. Offensichtlich spricht Labeo hier lediglich von der Haft-

¹⁾ Man denke z. B. an fr. 5 § 6 de O. et A.: aliquatenus culpæ reus est . . .

²⁾ lib. XX I. l. 60 § 7 i. f, vgl.: teneris mihi eius damni nomine, quo me negligenter electus affecit. Heimb.

³⁾ vergl. oben S. 15.

pflicht des Geschäftsherrn für den *institor*, der statt seiner contrahiert hat, nicht aber von der Haftung für einen Gehilfen, der dem Contrakte fern bleibt. Wir brauchten uns darum auch mit dieser Quellenstelle nicht zu plagen, hätte nicht unglücklicher Weise Thöl in seinem Handelsrecht¹⁾ die Behauptung aufgestellt: „Soweit der *institor* nicht contrahiert, ist er garnicht in seiner Sphäre als *institor*“. Dies nahm Ubbelohde²⁾ zum Anlass, an dem schlichten Sinn jener Worte des Labeo herumzudeuteln: Wenn nämlich, so deduciert er, der *institor* in Bezug auf die Erfüllung der von ihm für den Principal bindend geschlossenen Obligation garnicht in seiner Eigenschaft als *institor* handle, sondern wie jede andre Mittelsperson, deren sich der Principal zur Erfüllung einer Obligation bediene, so sei, was hier vom *institor* gesagt werde, folgerichtig auch auf jede andre Mittelsperson auszudehnen, d. h. der Principal habe für jeden Gehilfen unbedingt einzustehen.

Thöl's Behauptung mag als rein theoretische Abstraktion durchaus richtig sein: Aber dachte Labeo, als er die Ausdehnung der adjektischen Haftung auf Delikte des *institor* vertrat, daran, diese intrikate Consequenz zu ziehen? Doch wohl kaum. In l. 5 schildert er die Fälle der Haftung für Handlungen des *institor* und bejaht in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch Delikte zu solchen Handlungen gehören. Auf andres kommt es ihm nicht an, am allerwenigsten darauf, die Haftung für andre Personen als Institoren in fr. 5 § 8 cit. hinterrücks zu entscheiden.

Endlich ist für die unbedingte Haftung noch fr. 13 § 5 loc. 19,2 zwar nicht von Ubbelohde, aber von Baron³⁾ ohne Grund verwertet worden.

¹⁾ I § 86 S. 301.

²⁾ A. a. O. S. 281.

³⁾ Arch. f. civ. Pr. LII S. 56.

Dort wird gegen den Graveur die *actio locati* gegeben, wenn der Edelstein „*imperitia facientis*“ zerbrochen ist. Da nun der *faciens* nicht nur der Juwelier selbst, sondern auch dessen Gehilfe sein könne, so hafte in diesem Falle der Unternehmer schlechthin für die *imperitia* seines Gehilfen. Aber offenbar hat Ulpian grade dieser Fall garnicht vorgeschwebt: Er findet den Gegensatz der beiden Möglichkeiten nur darin, ob die Ursache der Beschädigung in der Person des *locator* — „*vitio materiae*“ — liegt oder in der des *conductor* — „*imperitia facientis*.“ Weil regelmässig der *conductor* selbst die Goldarbeit ausführt, so nennt er ihn ungenau den „*faciens*.“

Treten wir nun in den Bereich der Quellenausprüche ein, die als wirklich beweiskräftig eingehender Beachtung wert sind, so stossen wir zuerst auf mehrere Pandektenfragmente, welche der Theorie der unbeschränkten Haftung den Garaus zu machen drohen.

1. Dass bei der Miete regelmässig nicht über *culpa* hinaus gehaftet wird, darf ich als allseitig zugestanden ansehen. Nun entnehmen wir aber aus fr. 3 § 1 *nautae caup.* 4,9, dass dies auch für die *loc. cond. operis* gilt. Ulpian wirft dort die Frage nach der juristischen Rechtfertigung des *receptum* auf, da ja in den in Betracht kommenden Fällen auch civile Klagen zur Verfügung ständen. So hafte z. B. der *nauta*, der die entgeltliche Beförderung übernommen, als *conductor* auch *ex locato*, und bei unentgeltlicher Beförderung greife die *actio depositi* Platz. Dann fährt er fort: *miratur igitur* (sc. Pomponius), *cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles (. . .) et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo etc. . .* Hier sind der Haftpflicht des *conductor operis* mit klaren Worten die Grenzen des Kulpaprincips

gesteckt. Das ist Ubbelohde und seiner Anhänger-
schaft so unangenehm, dass sie fr. 3 § 1 *naut. caup.*
4,9 mit Stillschweigen übergehen.

2. Ebenso machen sie es mit fr. 31 loc. 19,2,
woraus ebendieselbe Beschränkung der Haftpflicht des
conductor operis zu entnehmen ist. Es handelt sich in
dieser missverständlichen — und oft missverstandenen
— *lex* um die Zuständigkeit der *actio oneris aversi* gegen
den Schiffer, dessen Schiff von mehreren mit Getreide
befrachtet ist. *Saufeiis uni ex his frumentum reddiderat
de communi et navis perierat.* Alfén — oder Servius?¹⁾
— unterscheidet:

1) Alles Getreide war nach Parteiabsicht in das
Eigenthum des *nauta* übergegangen: Jedem Befrachter
sollte er nur *tantundem eiusdem generis* zurückgeben.
Das Schiff war also gleichsam ein Siloschiff. Dann scheine
nicht *onus esse aversum, quippe quod nautæ fuerit.*

2) Die einzelnen Getreidemengen waren getrennt
zu halten und jedem Befrachter *eadem res quae tradita
esset* zu erstatten. Dann ist zu sagen: *furti esse actionem
locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi.*

Jetzt fährt Alfén fort: *Sed si ita datum esset,
ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dum-
taxat debere neque omnimodo culpam esse, quod uni
reddidisset ex frumento etc . .* Man hat diesen Fall der
solutio „in simili re“ mit dem ersten der Rückgabe von
tantundem eiusd. gen. identifizieren wollen und sich
dadurch in die Zwangslage gebracht, den Gefahrsüber-
gang bei der *loc. cond. irregularis* zu leugnen ²⁾, in
offenem Hiatus zur Theorie der Genusobligation. Es

¹⁾ vergl. Pern. Lab. II S. 265. Alfén berichtet: „res-
pondit“, und dann in indirekter Rede. Vergl. auch fr. 20 de
neg. gest. 3,5.

²⁾ vgl. Windsch. Pand. II § 401 Anm. 12.

liegt auf der Hand, dass mit dem „*sed si*“ Alfén einen dritten Fall in bewusstem Contrast zu den beiden ersten hat darstellen wollen. Und das kann nur der Fall des sog. übersehbaren *genus* sein, wonach der Schiffer *tantumdem eiusdem generis* aus dem im Schiffsraum vorhandenen Getreide, d. h. nur solange, als dieses noch vorhanden, Getreide zu leisten hat ¹⁾. Worin liegt aber der Contrast zu den beiden ersten Fällen? Die *actio oneris averse* ist hier wie dort unzuständig: *se improbare actiones oneris averse*. Allein die verschiedene contractliche Haftung bedingt einen Gegensatz. Das fällt Alfén ein, und so bemerkt er, vom eigentlichen Thema abschweifend, der casuelle Untergang auch des letzten im Schiff vorhandenen Getreides befreie den *nauta* — wohlgemerkt, den *nauta* als *conductor operis* ²⁾ — von seiner Haftpflicht; denn im Bezug hierauf *conductorem culpam dumtaxat debere neque omnimodo culpam esse etc.*

3. Bleiben die soeben behandelten beiden Aussprüche gänzlich ohne Beachtung, so haben Ubbelohde und seine Nachfolger fr. 13 § 1 loc. 19,2 die Ehre der Erwähnung angethan, freilich nur, um dessen Beweiskraft abzuschwächen und womöglich zu vernichten. Ulpian untersucht die Haftpflicht des *primus navicularius* für die Mannschaft des zweiten Schiffes und giebt unter Benutzung eines Ausspruchs von Labeo die Entscheidung in einer Antithese:

*si culpa caret, non teneri,
ceterum . . . ex locato agendum.*

¹⁾ So auch Windsch. Pand. II *ibid.* und Pern. Lab. II Seite 265.

²⁾ Wie es scheint, ist die ganze Erörterung älter als das *receptum*: Die *actio oneris averse* starb mit ihm ab. Dann wäre die Stelle also von Servius, in dessen Epoche das *receptum* fällt. Vgl. Goldschm. Ztschr. f. H.-R. III S. 80.

Um von vornherein ein Bedenken zu zerstreuen, das sich bei oberflächlicher Lektüre unsres Fragments einschleichen könnte, sei darauf hingewiesen, dass Ulpian mit der Frage: *tenetur primus navicularius?* nur dessen kontraktliche Haftung im Auge hat, wogegen die Verantwortlichkeit aus dem *receptum nautarum* ganz ausser Ansatz bleibt. Darauf deutet einmal der Zusammenhang hin, in dem sich fr. 13 § 1 befindet: Es ist die Lehre von der *locatio conductio*; unabweisbar aber ist es als Schlussfolgerung aus dem logischen Gegensatz der ersten Möglichkeit — *non teneri* — zur zweiten, wo es ausdrücklich heisst: *ex locato agendum*. Wenn darum Labeo kurzweg entscheidet: *si culpa caret, non teneri*, so ist auch hier „*ex locato*“ zu ergänzen.

Der erste Schiffsherr soll für den Kapitain des zweiten Schiffes und dessen Mannschaft nur soweit aufkommen, als ihn selbst eine *culpa* trifft. Die Leute des zweiten Schiffes aber sind im Verhältnis zum Befrachter Gehilfen des *nauta, qui onus Minturnas vehendum conduxit*. „Aber eben dies ist“ für Ubbelohde ¹⁾ „noch so gar gewiss nicht.“ Möglicherweise nämlich habe der *primus navicularius* laut Vertrag die Waaren auf einem Seeschiff nur soweit als möglich zu bringen, er erfülle seine Obligation mit der Auswahl der *secunda navis*, des Flussschiffes, und habe folglich für spätere Ereignisse nur *culpa in eligendo* zu prästieren. Kühner sprechen Abicht ²⁾ und Leonhard ³⁾. Der zweite *navicularius*, so behaupten sie, ist nicht Gehilfe des ersten, er ist dessen „Substitut:“ der *primus* scheidet mit der ordnungsmässigen Auswahl des Flussschiffes aus dem Obligationenexus ganz aus, der *secundus* tritt

¹⁾ A. a. O. S. 292.

²⁾ A. a. O. S. 30, 31.

³⁾ A. a. O. S. 361.

an seine Stelle. Denn das ist im Vertrage ausgemacht: Der *primus navicularius* hat versprochen, dass er die Sache „bis zu einer Zwischenstation selbst schafft und daselbst an einen andern Transporteur abgeben darf.“¹⁾

Prüfen wir also, was unsere Quellenstelle über den Vertragsschluss sagt: *si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit* — das ist alles! und in diesen Worten soll liegen, dass der *navicularius* sich nicht verpflichtet habe, die Waaren nach *Minturnae* zu schaffen, sondern nur so weit als möglich? In diesen Worten soll liegen, dass es ihm gestattet wäre, auf Rechnung seines Befrachters mit einem Fluss-schiffer zu contrahiren? *Credat Judaeus Apella!* Ist jene Substitution aber nicht vertragsweise bedungen, so kann der *primus navicularius* nicht aus dem Obligationsnexus ausscheiden, der zweite nicht eintreten. Eigenmächtig, durch einseitigen Akt sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen ist dem *primus navicularius* ebenso unmöglich, wie etwa einem Darlehnsschuldner, von seiner Obligation sich freizumachen durch die Erklärung, nicht mehr schulden zu wollen. Der Führer der *alia navis* kann demnach vom Standpunkt des Befrachters aus nur die Rolle eines Gehilfen des ersten Schiffsherrn spielen. Vielleicht ist es gerade damit zu erklären, wenn Ulpian von einer kontraktlichen Haftung des *secundus navicularius* auch nicht ein Wort verlauten lässt, während er die des *primus* eingehend analysiert.

Fassen wir das Ergebnis der bisherigen Quellen-exegese zusammen, so gewinnen wir den Eindruck, als habe der Grundsatz der Verantwortlichkeit für nur eigenes Verschulden durchaus bei der *loc. cond. operis* Geltung. 4 Digestenstellen, welche die Theorie der unbedingten Haftung stützen sollten, erwiesen sich als

¹⁾ Leonhard a. a. O. S. 361.

gänzlich unergiebig. 3 andere Fragmente vertraten ausgesprochen die Beschränkung der Haftung auf *culpa*; doch nun kommt schweres Geschütz.

1. Es wurde schon einmal die l. 5 *nautae caup.* 4,9 von Gaius berührt. Erinnern wir uns, wie Gaius es bemerkenswert findet, dass der *nauta*, der *caupo* und der *stabularius custodia* im technischen Sinne zu vertreten haben, trotzdem sie nicht dafür den Lohn empfangen, sondern für ihre Berufsthätigkeit ¹⁾. Um die Ausnahme, welche in dieser unentgeltlichen *custodia*-Haftung zu erblicken ist, besser zum Verständnis zu bringen, fügt Gaius einen zweiten Ausnahmefall hinzu, nämlich die Haftpflicht des *fullo* und des *sarcinator*. Auch sie werden bezahlt, nicht für die Uebernahme jener gesteigerten Fürsorge, sondern für das *opus*, das sie herstellen, und gleichwohl *custodiae nomine ex locato tenentur*. Hiernach haben sie unbedingt für das Verschulden ihrer Gehilfen einzutreten. Windscheid ²⁾ freilich stützt sich den Text folgendermassen zurecht: Der *fullo* und *sarcinator* hafte nicht für technische *custodia*. Es sei vielmehr anzunehmen, dass die Stelle zwar in der ersten Hälfte von technischer *custodia* spreche, nicht aber in der zweiten. Denn unbegreiflich wäre sonst die Erklärung des Pomponius in fr. 3 § 1 *nautae caup.* 4,9, das Edikt sei eingeführt, *quia ex locato conducto culpa dumtaxat praestatur*. Zugegeben diese Unbegreiflichkeit, berechtigt das zu einer Vergewaltigung von fr. 5 pr. cit.? Berechtigt es zu der Annahme, Gaius habe in einem Atem das Wort „*custodia*“ in diametral sich entgegengesetztem Sinne gebraucht, ohne diesen Sprung irgendwie kenntlich zu machen? Solange uns nicht die Möglichkeit einer anderen, erträglicheren

¹⁾ Vgl. Lehmann, a. a. O. S. 114.

²⁾ Pand. II § 401 Anm. 2.

Erklärung abgeschnitten ist — und wir werden solche Erklärung finden —, dürfen wir Gaius' Worte nicht in die Zwangsjacke dieser Interpretation stecken.

2. Doch die Bedeutung unseres Fragments reicht noch weiter. Während nämlich die viel besprochene l. 5 § 10 *de inst. act.* 14,3 für sich allein genommen infolge der Unklarheit ihrer Fassung der Ubbelohde'schen Theorie nur eine höchst unsichere Stütze ¹⁾ bietet sodass es Goldschmidt's geschickter Auslegekunst unschwer gelang, sie unschädlich zu machen, gewinnt sie erheblich an Beweiskraft, wenn ihr fr. 5 pr. cit. als Folie dient. Der Inhalt ist folgender: Während ein Walker in die Fremde verreist ist, nimmt einer seiner *discipuli* neue Aufträge an und entweicht mit den ihm infolge davon übergebenen Kleidungsstücken. Der Verfasser der Stelle unterscheidet 3 Fälle:

1) Der *discipulus* war als *procurator*, als nur technischer Leiter zurückgelassen, dann haftet der *fullo* nicht, „da das neue Geschäft nicht auf seine Rechnung ging“ ²⁾.

2) Der *discipulus* war als *institor*, als Geschäftsführer zurückgelassen und durfte als solcher contrahiren: Gegen den Herrn geht die *actio institoria*.

Beide Fälle sind für uns gleichgültig; uns interessiert nur die dritte Möglichkeit:

3) *plane si affirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria sed ex locato tenebitur*. Hier ist der Geschäftsherr selber Kontrahent. Sonst könnte er nicht *ex locato* haftbar gemacht werden. Der Vertragsschluss muss sich demnach zugleich mit der Versicherung der Zuverlässigkeit der Gehilfen vollzogen haben. Dass „*ex locato tenebitur*“ nicht heisse: er haftet, soweit als

¹⁾ Ztschr. f. H.-R. XVI, S. 324 und S. 335.

²⁾ Goldschmidt, a. a. O. S. 335.

Haftung *ex locato* besteht, sondern: er haftet unbedingt, giebt selbst Goldschmidt zu. Er erklärt aber diese unbedingte Verantwortlichkeit durch die Annahme, der *fullo* habe mit der Versicherung „*recte me credere operariis suis*“ eine Zusage unbedingter Garantie für seine Gehilfen gegeben. Das ist eine an sich vielleicht ansprechende Hypothese. Halten wir indessen damit fr. 5 pr. *nautae caup.* 4,9 zusammen, wo mit dürren Worten gesagt ist, der *fullo* hafte stets „*custodiae nomine*“, so erweist sich die Hypothese als durchaus überflüssig ¹⁾. Denn Hauptinhalt dieser *custodia* gemäss dem *receptum* ist gerade — das wurde oben gezeigt — die Eintrittspflicht für *furtum*; der verreiste Walker wird also auch dann *ex locato* zum Schadenersatz herangezogen werden, wenn nach der Parteimeinung in der Versicherung der Treue eine Garantieübernahme für die Gehilfen nicht lag.

3. Wer für das *furtum* einer Sache eintreten muss, der hat ein starkes Interesse an deren Wiedererlangung; man wird ihm deshalb die *actio furti* zugestehen müssen ²⁾. Diese Kehrseite der in fr. 5 § 10 cit. gegebenen Entscheidung und zugleich die unbedingte Haftpflicht für *furtum* rücken denn auch mehrere Quellenstellen in den Vordergrund ³⁾.

Ganz besonders § 15 (17) J. *de obl. quae ex del.* 4,1, aus Gaius' Institutionen. Konsequent wird hier der Gedanke nach seiner negativen Seite dahin durchgebildet, dass dem Sacheigenthümer die *actio furti* nicht

¹⁾ A. M. Pern. Lab. II S. 351 Anm. 24.

²⁾ Vgl. fr. 10 de furt. 47,2: *cuins interfuit non subripi, is actionem furti habet*; fr. 14 § 17 eod.: *is, cuins interfuit eam non subripi*.

³⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 350 Anm. 23.

zukommt, weil er sich ja stets an den *conductor operis* halten könne.

Ferner fr. 11 und 12 pr. *de furt.* 47,2: . . . *itaque fullo . . . semper agit: praestare enim custodiam debet* ¹⁾).

Mit dieser Haftpflicht des *fullo* deckt sich genau der Fall, dass einem Boten, dem der zu befördernde Brief unterwegs entwendet ist, die *actio furti* deshalb zugesprochen wird, weil er selber *custodia* zu prästiren hat. Das geschieht in fr. 14 § 17 *de furt.* 47,2. Auf die Frage, wem bei solcher Sachlage die *actio furti* zustände, insbesondere, ob der Bote sie habe, erfolgt die Antwort: Der Bote kann in 2 Fällen aus dem *furtum* klagen,

1) wenn er für *custodia* des Briefes haftet — *si custodia eius ad eum pertineat*;

2) wenn er ein anderweitiges persönliches Interesse an der Abgabe des Briefes an den Adressaten hat — *si interfuit eius epistolam reddere* (Beispiel: *finge eam epistolam . . . fieretve*).

Und die Haftung für *custodia* zerlegt wiederum Ulpian in zwei Unterarten:

a) *vel si custodiam eius rei recepit*, wenn er die *custodia* ausdrücklich im Vertrage übernahm;

b) *vel (si) mercedem perferendae accipit*, wenn er die Beförderung des Briefes gegen Entgelt ausführte. Ausführung eines Transportes gegen Entgelt aber ist *loc. cond. operis*.

Und um durchaus kein Missverständnis aufkommen zu lassen, setzt Ulpian hinzu:

¹⁾ Uebrigens ist das „semper“, auch abgesehen von dem gleich darauf vermerkten Fall der Insolvenz, doch insofern ungenau, als doloses Verhalten von Seiten des *fullo* selber ihn der *actio furti* beraubt: fr. 14 § 3 eod.; sonderbar erklärt das „semper“ Hasse, Seite 351.

„et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet“.

Abermals also die Gleichstellung eines *conductor operis* mit dem *nauta*! Mag man unter dem *hic casus* nur den Fall der entgeltlichen Briefbeförderung verstehen, oder auch den Vorfall „*si custodiam eius rei recepit*“ mit hineinziehen, soviel ist sicher: Der Bote, der als *conductor operis* die entgeltliche Beförderung eines Briefes übernahm, und der *nauta* stehen sich bezüglich des Umfanges ihrer Haftung vollkommen gleich. *Periculum rerum ad eos pertinet*¹⁾.

Dies kann auch Windscheid²⁾ nicht leugnen. Er sagt, man müsse urgieren „*perferendae*“. Der Bote habe sich ausdrücklich anheischig gemacht, den Brief unter allen Umständen abzuliefern. Denn sonst würde auch der *nauta etc.* schon als *conductor operis* für *custodia* haften und das prätorische Edikt wäre unverständlich³⁾. Gegen dieses Argument schlägt ein Umstand durch: Nach Windscheids Auslegung fließen die beiden Fälle in einen zusammen, die Ulpian ausdrücklich durch die Partikeln *vel vel* scheidet. Hat *is qui mercedem perferendae accipit*, sich verpflichtet, den Brief abzuliefern *coûte que coûte*, so übernahm er damit ausdrücklich dessen *custodia* und unterscheidet sich durch nichts von dem, *qui „custodiam eius rei recepit“*.

4. Es bleibt uns jetzt noch die Erledigung einer Quellenstelle, die man, wahrlich mit gutem Grund, die *crux* unseres Problems nennen möchte. Mit derselben Hartnäckigkeit haben beide Parteien sie für ihr Beweisthema in Anspruch genommen.

¹⁾ Ebenso Lehmann, a. a. O., S. 112.

²⁾ Pand. II § 401, Anm. 2. Goldschmidt kennt fr. 14 § 17 cit. nicht.

³⁾ Vergl. oben S. 46.

Es ist fr. 25 § 7 loc. 19,2.

Zur Diskussion stellt Gaius die Frage, ob und wann der Frachtführer für den am Frachtgut angerichteten Schaden Ersatz zu leisten habe, und er entscheidet: Wenn der Schade durch seine und seiner Gehilfen Schuld entstanden ist ¹⁾).

Die Textfassung „*si qua ipsius eorumque culpa*“ ist nicht unbeanstandet. So schreibt die Florentina Dagegen lesen Haloander und mit ihm einzelne Vulgatausgaben ²⁾ „*eorumve*“.

Wäre Haloander's Lesart die richtige, so müssten alle Gegner der unbeschränkten Haftung verstummen. Man muss jedoch der Lesart „*eorumque*“ den Vorzug geben; zu ihr stimmen die Basiliken, sie ist die allein beglaubigte ³⁾. In engem Anschluss an diesen Wortlaut übersetzen nun Goldschmidt und Windscheid: „Wenn der Schade eingetreten ist durch seine eigene Schuld und die seiner Leute“. Sie behaupten also, es müsse, um den *conductor* haftbar zu machen, zur Schuld seiner Gehilfen ein konkurrierendes Verschulden von seiner Seite hinzutreten. Goldschmidt gelangt auf dem Wege logischer Zergliederung unseres Falles zu demselben Ziele. Für ihn sind 3 Fälle möglich:

1) Der *cond.* ist ohne Schuld, die Gehilfen sind ohne Schuld: Ein unvertretbarer Zufall beschädigt die Säule.

¹⁾ Eigenartig ist die Aufnahme, die fr. 25 § 7 cit. bei Baron (Arch. f. civ. Pr., Bd. LIII.) gefunden hat. Er findet einfach „am klarsten seine Behauptung bestätigt“ in fr. 25 § 7 cit. Das ist kurz und bündig!

Hildebrand, de augmento culpæ (Altdorf 1701, vgl. Hasse, S. 381, Anm. 2) entdeckt das „Augment“ der Haftung, das hier für die Gehilfen verantwortlich macht, in der *qualitas rei*, nämlich der Zerbrechlichkeit der Säule: Dies Scherzes halber!

²⁾ So Lugduni 1542, 1547, 1560.

³⁾ Goldschmidt, a. a. O., S. 354.

2) Den *cond.* trifft Verschulden, die Gehilfen sind ohne Schuld. Die Beschädigung wird aber durch ein unabwendbares Ereignis ohne Zusammenhang mit jenem Verschulden herbeigeführt: Auch hier keine Haftung, weil „*culpa sine effectu*“.

3) Somit ist Haftung „in der That nur denkbar“, wenn den *cond.* Verschulden trifft und auch die Gehilfen.

Ich bekenne, dass mir diese Goldschmidt'sche Teilung problematisch geblieben ist. Meines Erachtens ist der zweite seiner 3 Fälle durchaus zwecklos konstruiert. Denn zwischen den Fällen

1) beiderseitiger Schuldlosigkeit mit nachfolgendem Schaden und

3) beiderseitiger Schuld mit dadurch bewirktem Schaden liegt doch wohl der Fall

2) einseitiger Schuld mit dadurch bewirktem Schaden.

Kausalnexus zwischen Schuld und Schaden ist die selbstverständliche Voraussetzung jeder Haftpflicht. Fall 2 des Goldschmidt'schen Schemas muss also ersetzt werden durch die beiden Möglichkeiten einseitiger, schadenverursachender Schuld, nämlich:

2. a) den *cond.* trifft Schuld, die Gehilfen nicht: der *cond.* haftet; und

2. b) den *cond.* trifft keine Schuld, aber die Gehilfen: *Hic Rhodus, hic salta*. Hier ist eine Haftung des *conductor* denkbar.

Ist danach der für Goldschmidt vorhandene logische Zwang einer Beschränkung der Haftung auf den Fall cumulierten Verschuldens eitel Schein, so lässt sich des Weiteren die Uebersetzung, die Goldschmidt und Windscheid von den fraglichen Worten geben, von grammatischer wie logischer Seite gleich erfolg-

reich angreifen. Sie klammert sich an das Wörtchen „*que*“, man möchte sagen, wie der Ertrinkende an den Strohhalm. Es soll, so wird gesagt, Verschulden der Gehilfen und ausserdem Verschulden des *conductor* erforderlich sein zur Begründung einer Haftpflicht. Allein das Wörtchen „*que*“ hat keineswegs notwendig einen so stark kopulativen Charakter, wie ihm hier zugeschrieben wird: *coniunctionem enim*, erläutert Paulus in fr. 29 *de V. S.*, *nonnunquam pro disiunctione accipi* Labeo ait. Es kann hiernach ebenso gut die Bedeutung von „*aut*“, d. h. trennenden Charakter haben. In unserer Quellenstelle liesse uns also der Ausdruck „*eorumque*“, käme kein andres Moment von entscheidender Bedeutung hinzu, die Wahl, sei es dem Frachtführer und seinen Gehilfen, sei es dem Frachtführer oder seinen Gehilfen die *culpa* beizumessen¹⁾. Aber da kommt uns die Logik zu Hülfe.

Legt man mit Windscheid und Goldschmidt der Partikel „*que*“ kopulative Kraft bei, so verlangt man, damit Haftung des *conductor* eintrete, das Hinzukommen von Verschulden seinerseits zur *culpa* seiner Gehilfen. Damit unterstellt man Ulpian die eine oder die andere von zwei Unmöglichkeiten:

Entweder ist dann das Vorhandensein der *culpa ipsius* allein entscheidend, die Schuld der Leute dagegen rechtlich unwesentlich. Dann ist es recht bedenklich, wenn Ulpian sie trotzdem als eine Voraussetzung jener Haftung erwähnt. Oder aber das „*eorumque*“ hat seinen vollgemessenen Sinn, es ist, mit anderen Worten, die *culpa eorum* zur Begründung der Haftpflicht ebenso unerlässliche Voraussetzung wie die *culpa ipsius*, noch schärfer: der *conductor* haftet nicht, wenn er allein in

¹⁾ Ebenso Lehmann, a. a. O., S. 119.

culpa sich befindet. Und damit hätten wir Ulpian den baaren Unsinn octroyiert ¹⁾).

Kein's von beidem darf man dem Juristen unterstellen. Darum ist zu entscheiden: Die Partikel „*que*“ unserer *lex* kann nicht nur als gleich bedeutend mit „*aut*“ aufgefasst werden, sie muss es sogar.

Steht hiernach unser Resultat bereits fest, so haben wir doch der Vollständigkeit halber noch eines Arguments von Windscheid zu gedenken, das ihm der Verzweiflungsmut der verlorenen Sache eingiebt. „Will man aber“, so sagt er ²⁾), „dies auch nicht annehmen, also nicht annehmen, dass der Verfasser der Stelle die *culpa ipsius* als *culpa in eligendo* gedacht hat, so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, dass er *culpa in eligendo* vorausgesetzt habe“. Diese Annahme ist nicht einmal für die von Windscheid als analog herangezogene Stelle richtig ³⁾); hier aber widerspricht ihr geradezu die ganze Fassung, die Gaius seinem Ausspruch giebt. Es kann unmöglich seine Absicht gewesen sein, von der altbekannten Haftpflicht für *culpa in eligendo* zu reden, sondern er hat etwas Neues und Besonderes bringen wollen. Nur so ist der erläuternde Zusatz „*culpa autem abest fuisset*“, dem offenbar die Tendenz innewohnt, die Haftung so weit als möglich zu erweitern, erklärlich; nur so wird begreiflich, warum Gaius im Schlusssatze die Ausdehnung dieser Haftpflicht auf alle andern Transportverträge nachdrücklich betont. Was aber dieses Neue und Besondere ist, davon später. ⁴⁾).

Am Ende unserer Quellenexegese blicken wir zurück. Wir fanden Quellenzeugnisse für das Kulpaprinzip,

¹⁾ Vergl. Dernburg, Pand. II. § 38, Anm. 8.

²⁾ Pand. II § 401, Anm. 5.

³⁾ fr. 20 § 2 de praescr. verb. 19,5: davon unten S. 106.

⁴⁾ Siehe unten S. 57.

klar und energisch sprechend; auf der anderen Seite eine ganze Reihe von Aussprüchen, aus denen sich nichts anderes als die unbedingte Verantwortlichkeit des betreffenden *conductor operis* für seine Gehilfen entnehmen liess. Behauptung gegen Behauptung! Ist dieser offene Widerspruch zu lösen? In wie absolutistischer Weise ihn die beiden Parteien unter den Romanisten lösen, ist genugsam geschildert. Können sie die entgegenstehenden Quellenstellen nicht umdeuten, so ignorieren sie dieselben. Am kühnsten ist jedenfalls Windscheid's Versuch, über die technische *custodia* des *fullo*¹⁾ und des Boten, *qui epistolam perferendam accipit*²⁾, hinwegzukommen. Er giebt es selbst zu³⁾, dass seine beiden diesbezüglichen Interpretationen hart sind, und „dass sie kaum jemand machen würde“, wenn nicht das prätorische Edikt und die Worte des Pomponius in fr. 3 § 1 *nautae caup.* 4,9 entgegenständen.

Alle angeführten Versuche, die widerstrebenden Digestenfragmente zu vereinen, nahmen diese als gleichwertige Grössen und scheiterten. Wie aber, wenn das, was als gleichaltrig und gleichbedeutend gilt, sich vielmehr nachfolgte und eine rechtliche Wandlung kennzeichnete? Wie, wenn die mit der Kulpahaftung unvereinbaren Stellen Ausnahmen von dieser darstellten, Ausnahmen, die, aus dem Verkehrsbedürfnis heraus entwickelt und zuerst rein faktisch geübt, allmählich als solche in das Rechtsbewusstsein eindringen?

Liesse sich das erweisen oder doch nahezu erweisen, so wären wir dem Ziel um einen bedeutenden Schritt näher gerückt⁴⁾.

1) fr. 5 pr. *nautae caup.* 4,9.

2) fr. 14 § 17 de *furt.* 47,2.

3) Pand. II § 401, Anm. 2.

4) Vgl. zum folgenden Lehmann a. a. O.

In fr. 3 § 1 *nautae caup.* 4,9 erklärt Pomponius ausdrücklich, der *nauta* sei in das Edikt des Prätors deshalb aufgenommen, weil er *ex locato* nur *culpa* zu vertreten habe. Also, schliessen wir, bestand für die *loc. cond. operis* das Kulpaprinzip zur Zeit der prätorischen Gesetzgebung, als welche spätestens die Zeit des Servius ¹⁾ anzusehen ist. Dessen Schüler Alfen lässt aus der *loc. cond. operis* gleichfalls nur für *culpa* haften ²⁾. Auch bei Labeo ist nach fr. 13 § 1 loc. 19,2 die Vorstellung des Werkverdingungsvertrages mit dem Kulpaprinzip eng verwachsen ³⁾. Der älteste Jurist, der die unbedingte Verantwortlichkeit eines *conductor operis* vertritt, ist Gaius in fr. 5 pr. *nautae caup.* 4,9. Dort ist vom *fullo* und *sarcinator* die Rede. Spätestens also durch Gaius ist deren strenge Haftung ins Rechtsbewusstsein gebracht ⁴⁾. Ist dem aber so, so wird völlig erklärlich, wie Pomponius, auf die Zeit der prätorischen Gesetzgebung zurückblickend, sagen konnte, dass *ex locato* nur für eigene *culpa* gehaftet werde, während Gaius, die allmählich entstandene Verkehrsübung im Auge habend, für den *fullo* das Gegenteil vertritt. In ganz analoger Weise und zur selben Zeit mag sich auch die gesteigerte Haftung des Boten und des Frachtführers entwickelt haben, denn es ist wiederum Gaius in fr. 25 § 7 loc. 19,2 der erste, der den Frachtführer über *diligentia in eligendo* hinaus einstehen lässt.

Es erhebt sich aber die Frage, ob den Ausnahmen, die nach und nach an verschiedenen Punkten den alten

¹⁾ Goldschmidt, Ztschr. f. H.-R. III, S. 80.

²⁾ fr. 31. loc. 19,2.

³⁾ Labeo war der erste, der über das receptum schrieb: fr. 3 § 1 h. t.: inde Labeo scribit.

⁴⁾ Lehmann nimmt das als feststehend an: ohne zwingenden Grund.

Grundsatz durchbrechen, ein gemeinsamer Gedanke zu Grunde liegt, oder ob wir es lediglich mit zusammenhangslosen Einzelercheinungen zu thun haben? Die Wahrscheinlichkeit spricht von vornherein gegen das Letztere, allein erinnern wir uns, dass zwar dem Boten in gleicher Weise wie dem *fullo* und *sarcinator custodia* auferlegt wird, dass dagegen gelegentlich des Frachtführers nur von „*culpa ipsius eorumque*“ die Rede ist. Und doch handelt es sich hier um dieselbe Art von Werkverdingung, nämlich um einen Landtransport. Ist hier mit Bewusstsein unterschieden? Wiederum trifft Lehmann das Richtige, indem er aus der Vergleichung mit dem vorhergehenden und nachfolgenden Text den richtigen Gesichtspunkt zu gewinnen sucht. Erwägt man nämlich, dass unserer Stelle unmittelbar vorhergeht die Erklärung, der durch *vis maior* am Fruchtertrage angerichtete ungewöhnliche Schaden dürfe nicht ausschliesslich den Pächter belasten ¹⁾, erwägt man ferner, dass in unmittelbarem Anschluss an sie Gaius der unbedingten Haftung des *fullo* und des *sarcinator* gedenkt ²⁾, derselbe Gaius, der eben diese Haftpflicht des *fullo libro V ad edict. prov.* zuerst commentiert hat, und erinnert man sich dabei, dass auch fr. 25 § 7 cit. dem Commentar *ad edict. prov.* entnommen ist, — so kann man in der That nicht umhin, anzunehmen, dass Gaius in fr. 25 § 7 cit. die Haftung für *custodia* auf alle Fälle des Landtransportes hat ausdehnen wollen ³⁾. Das ist das Neue und Besondere, was dort mit so gewichtigen Worten verkündet wird. Charakteristisch ist dabei, dass Gaius mit dem Kulpa-Begriff operiert: Um das Neue geläufiger und römischer im Aussehen zu

¹⁾ fr. 25 § 6 h. t.: Dies geht auf die *remissio mercedis*.

²⁾ fr. 25 § 8 h. t.

³⁾ A. M. Pern. Lab. II S. 352, Anm. 27.

machen, stellt er jene gesteigerte Fürsorge, die der Frachtführer zu leisten hat, als eine Art höchster Diligenz hin und macht dem *conductor operis* die Aufwendung von „*custodia*“ geradezu zur Pflicht, sodass die Nichtaufwendung nicht nur ihn in ihren Haftfolgen trifft, sondern auch als „*culpa*“ erscheint. fr. 25 § 7 cit. giebt somit eine allgemeine Regel, von der fr. 14 § 17 *de furt.* 47,2 nur die Anwendung auf den Fall der Briefbeförderung macht, und diese Regel lautet:

Jeder Transportunternehmer hat für technische *custodia* aufzukommen, in derselben Weise wie der *fullo* und der *sarcinator*.

So deckt sich vor unsren Augen eine höchst interessante Rechtsentwicklung auf, die, von der Haftung des *conductor operis* für eignes Verschulden ausgehend, ihren Gang nimmt auf eine allmähliche Unterwerfung gewisser Arten von Werkverdingungsverträgen unter die strengen Regeln des *receptum nautarum*. Denn ist dies beim *horrearius* höchst wahrscheinlich, so wird es hier zur Gewissheit: Das *receptum* ist Paradigma gewesen für den *fullo* und *sarcinator*:

nauta et caupo et stabularius . . . custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator. . . (fr. 5 pr. h. t. 4,9),

Paradigma gewesen auch für den Boten:

. . et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magiotri navis . . (fr. 14 § 17 *de furt.* 47,2).

Wieweit diese Entwicklung gegangen, lässt sich mit annähernder Genauigkeit kaum ermitteln: Der Bote und der Frachtführer sind nur Paradigmen für den Landtransport schlechthin: Das steht fest. Bemerkt doch Gaius ausdrücklich: „*idemque etiam ad ceteras res transferri potest,*“ worunter mindestens alle andren Arten von Landtransport, vielleicht sogar die andren Fälle der Werkverdingung überhaupt verstanden werden

müssen. Nicht fest steht aber, ob auch der *fullo* und *sarcinator* nur als Beispiele gemeint sind für die Gattung von Werkverdingungsverträgen, deren Inhalt die Bearbeitung und Umarbeitung eines Gegenstandes durch einen Handwerker bildet, oder ob nach der Absicht des Juristen die unbedingte Haftung auf den Walker und den Schneider beschränkt sein soll. Wahrscheinlicher ist die erste Annahme; für die zweite fehlt es an jedem inneren Grund. Wenn wirklich die strenge Haftpflicht wie in fortgepflanzten Wellenkreisen vom Mittelpunkt des *receptum* aus auf den *horrearius*, den Frachtführer, den *fullo*, den *sarcinator* sich mitgeteilt hat, so muss die treibende Kraft von Fall zu Fall dieselbe sein, wie beim *receptum*. Es ist also das Verkehrsbedürfnis, der Zwang, zur Befriedigung zahlreicher Bedürfnisse des täglichen Lebens auf diese Leute angewiesen zu sein, sich ihrer bedienen zu müssen, das „*necesse est plerumque eorum fidem sequi*,“ was abermals hier die römischen Juristen zum Abfall von der individualistischen Kulpahaftung bestimmt hat; dies Verkehrsbedürfnis aber trifft auf die meisten Werkverdingungen zu, ganz besonders auf jedes Handwerk. Dass man aber dann grade den *fullo* als Musterbeispiel herausgriff, ist immerhin erklärlich: Die *ars fullonia* war eines der verbreitetsten Gewerbe im alten Rom und der Thätigkeit des Walkers „fiel alles das anheim, was heutzutage das Gebiet verschiedener Gewerbe geworden ist“¹⁾. Darum mochte die strengere Haftung grade dieses Handwerkers in erster Linie festzulegen Gaius ganz besonders am Herzen liegen. Wahrscheinlich ist es also recht wohl, dass nach Justinianischem Recht jeder *conductor operis*, dessen Thätigkeit

¹⁾ Blümner, Technologie u. Terminologie der Gewerbe und Künste bei Griechen und Römern, I, S. 157.

fremde Sachen anvertraut werden — *nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret*¹⁾ —, für deren *custodia* im technischen Sinne aufzukommen hat. Indessen, Wahrscheinlichkeit ist nicht Gewissheit: So müssen wir es für das römische Recht dahingestellt sein lassen, ob jener Entwicklungsgang zum Abschluss kam.

Anders für das gemeine Recht: Hier hat die Weiterbildung der Haftpflicht — nicht zum Ziel geführt, auf das sie hindrängte, aber doch zu einem Ziel. Auf dem gesamten Gebiet der Transportverträge hat sich zweifellos die unbedingte Haftung des Unternehmers für seine Gehilfen gewohnheitsrechtlich ausgebildet. Das räumt Goldschmidt ein²⁾. Ansätze dazu, auch die Handwerkermeister einer strengeren Haftung zu unterwerfen, weist hie und da das alte deutsche Recht auf³⁾.

Die Lücke aber füllt die moderne Gesetzgebung⁴⁾ und vor allem der Gerichtsgebrauch: Das Reichsgericht hat, wie vor ihm schon das Reichsoberhandelsgericht, in ständiger Praxis die Theorie vertreten, dass der *conductor operis* für die *culpa* seiner Gehilfen unbedingt haftet. Dies Facit tausendjähriger Entwicklung ist recht dürftig, es bleibt weit hinter demjenigen zurück, auf das das römische Recht hinzuweisen scheint, es ist nicht die Haftung für technische *custodia*, auch dankt man nur einer irrigen Vorstellung des Reichsgerichts, dass dieses Facit überhaupt gezogen wurde: Das Reichsgericht glaubte geltendes und schon bei Justinian

¹⁾ fr. 20 de contr. empt. 18,1.

²⁾ A. a. O., S. 372.

³⁾ So müssen z. B. nach dem Glogauer Rechtsbuch (Stobbe, deutsch. Priv.-R. III, § 201) Handwerker für die Entwendung des ihnen anvertrauten Stoffes unbedingt aufkommen, wie der *fullo peregre proficiscens* für den Diebstahl seines *discipulus*.

⁴⁾ So HGB. Art. 395, Reichshaftpflichtg. u. s. w.

geltendes Recht anzuwenden, während es in Wirklichkeit eine Rechtsentwicklung von tiefer socialer Bedeutung verkümmerte. Aber diese neueste Gerichtspraxis ist dennoch dankbarlichst anzunehmen. Etwas vom Geiste der römischen Quellen steckt doch in ihr: Der *locator* will mit dem ihm bekannten und von ihm vielleicht erst nach reiflicher Erwägung als sachkundig gewählten *conductor* zu thun haben, nicht aber mit beliebigen Arbeitern, Lehrlingen oder Gesellen, deren fachmännische Tüchtigkeit und moralischer Wert ihm ganz unbekannt sind und sein müssen. Es ist deshalb gewiss nicht *ex fide bona* des Verkehrs zu billigen, wollte der *conductor*, wenn solche Gehilfen Schaden anrichteten, den ersatzfordernden Gläubiger mit bedauerndem Achselzucken an seine Leute verweisen, statt selber leisten zu müssen. Der *locator* wäre damit in den meisten Fällen aufs Trockne gesetzt, *nam is nullam videtur actionem habere cui propter inopiam adversarii inanis actio est*¹⁾. Der *conductor* dagegen kann schon auf Grund der Abhängigkeit seines Gehilfen von ihm viel leichter gegen diesen Regress nehmen, z. B. durch Lohnabzug.

Halten wir Umschau nach dem Ergebnis der bisherigen Beweisführung.

Zwei Haftungsgrade jenseits der *culpa* gemäss gesetzlicher Ausnahmebestimmung lernten wir kennen:

1) Die Verantwortlichkeit für *culpa* der „*familia*“ und des „*procurator*“, einer bestimmten Gruppe also von Gehilfen. Sie fliesst aus der Eigenart des Redhibitionsprozesses und ist deshalb für andere Rechtsverhältnisse belanglos.

2) Die Verantwortlichkeit für technische *custodia*. Das *receptum nautarum* bildet den Ausgangspunkt für eine Bewegung, die weitere Kreise des Rechtssystems er-

¹⁾ fr. 6 de dolo malo 4,3.

greift: Verkehrspolitik ist die treibende Kraft. Die Entwicklung vollzieht sich in bewusstem Gegensatz zum Haftungssystem des römischen Rechts, ohne dass wir damit erfahren, welches dieses Haftungssystem ist. Das Ungewöhnliche sucht Gaius allgemeinen Vorstellungen anzupassen, indem er eine Verpflichtung zur *custodia* konstruiert, Verpflichtung im prägnanten Sinne, sodass Unterlassen als „*culpa*“ erscheint.

§ 6.

Aehnlich weite Perspektiven kann natürlich die Betrachtung der Fälle vertragsweise übernommener Haftung für fremde *culpa* nicht eröffnen: Denn alles basiert hier auf dem Parteiwillen, und der setzt sich über Haftungsprincipien hinweg. Aber insofern ist derselbe doch beachtenswert, als er oft mit gesetzlicher Haftpflicht hantiert, sie einschränkt oder auf analoge Fälle erweitert, sodass sich in ihm die Ausdehnung und Bedeutung jener Haftpflicht widerspiegelt.

Das wird sich namentlich für die technische *custodia* herausstellen.

In Kürze sei darum die Haftpflicht für kulpöse Gehilfen infolge vertragsmässiger Uebnahme hier zur Darstellung gebracht.

1. Bekannt ist der Gefahrsübergang bei der Hingabe von Fungibilien mit der Verpflichtung, *tantundem eiusdem generis* zurückzuerstatten. Prägnant gesprochen: Fungibilien werden als Konsumptibilien hingegeben. Der Empfänger soll sie, das ist die ausdrückliche oder stillschweigende Parteimeinung, wie ein Eigenthümer — ich sage absichtlich nicht: „Als“ Eigenthümer ¹⁾ —

¹⁾ Davon unten S. 64.

gebrauchen, d. h. verbrauchen, und andre in gleicher Menge und gleichem Wert restituieren ¹⁾. Hierher gehört

1) als Musterbeispiel κατ' ἐξοχὴν das Darlehen;

2) gewisse „irreguläre“ Rechtsgeschäfte, nämlich die *loc. cond. irregularis*:

fr. 31 *loc. 19,2*: *rerum locatarum duo genera esse, ut aut. . . aut eiusdem generis redderetur*;

das *depositum irregulare*:

eod.: *idem iuris esse in deposito*;

der *quasi usus fructus*:

§ 2. J *de usu fr. 2,4*: *ita datur legatario (sc. pecuniæ usus fructus), ut eius fiat*;

3) die Dosbestellung mit analoger Verpflichtung:

fr. 42 *de iure dot. 23,3*: *res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt etc.*

In allen 3 Fällen characterisiert sich die Rechtsstellung des Empfängers durch ein doppeltes Moment. Ein dingliches: er ist Eigenthümer; ein obligatorisches: er hat *tantundem* zu leisten. Seine *casus*-Haftung lässt sich *a priori* auf das eine ebenso gut zurückführen wie auf das andere. Im ersten Falle erscheint sie unter der Marke: *casum sentit dominus*; im andern leitet sie sich aus der Unsterblichkeit des *genus, quod perire non censetur*, her.

Der herrschenden Meinung nach legten die Römer alles Gewicht auf den Eigenthumsübergang²⁾: und hierfür lassen sich allerdings manche Quellenstellen aufbringen.

¹⁾ Besonders klar fr. 42 *de iure dot. 23,3*: *in hoc dantur, ut eas (sc. res) maritus distrahat et . . . eiusdem generis et qualitatis alias restituat.*

²⁾ Vergl. Pern. Lab. II, S. 262.

So:

fr. 9 § 9 *de R. C.* 12,1: *animo enim cæpit possidere* (d. h. er vollzog eine *brevi manu traditio* und wurde damit Eigenthümer). *ergo transit periculum ad eum*;

fr. 1 § 2 *de O. et A.* 44,7: *quas res in hoc damus, ut fiant accipientis*;

pr. J *quibus modis re* 3,14: *unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat*;

§ 2 J *de usu* fr. 2,4: *ita, ut eius fiat*.

Pernice indessen verfißt mit mancherlei Argumenten die Meinung ¹⁾, die römische Anschauung sei von dem Gedanken der Hingabe zum Gebrauch beherrscht gewesen, und die Tragung der Gefahr leite sich niemals aus dem Uebergange des Eigenthums, sondern aus der „besonderen auf Restitution *in genere* gerichteten Abrede“ her. Zu dieser Meinung bieten denn eine hübsche Illustration verschiedene Quellenzeugnisse, in denen zunächst die Parteiabsicht dahin präcisiert wird, es solle verbraucht und *tantundem* erstattet werden, und dann, als eine juristische Würdigung der Sachlage, die Bemerkung angefügt wird: es gehe somit Eigenthum über:

fr. 31 *loc.* 19,2: *respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut . . . aut eiusdem generis redderetur* (Parteiabsicht): *ex superiore . . . ex posteriore in creditum iri* (juristischer Charakter); und dann weiter unten die juristische Würdigung im Hinblick auf die *actio oneris aversi*: *et ideo se improbare . . . quia sive eius generis essent merces, . . . ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret*;

fr. 34 pr. i. f. *de auro arg.* 34,2: *quodsi aurum dedit aurifici, ut non tam ex eo auro fieret . . . corpusculum, sed ex alio* (Parteiabsicht), *tunc, quatenus* (in

¹⁾ Vergl. Pern. Lab., S. 262—264.

Betracht, dass ¹⁾ *dominium transit* . . (juristische Würdigung).

Wie man aber auch die Haftung des Empfängers konstruieren mag, der Grad derselben bleibt davon unberührt: er hat das ganze *periculum* der Sache zu tragen, ihn trifft also nicht nur die *culpa* seiner Gehilfen, nicht nur die technische *custodia*, sondern selbst *vis maior*:

§ 2 J *quibus modis re* 3,14: *et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, . . . nihilo minus obligatus permanet* ²⁾).

§ 7.

Cum aestimatione kann eine *species* in dreifacher Weise hingegeben werden:

1. Es soll nach Parteiabsicht nur die *species* zurückgewährt werden. Die Schätzungssumme ist „bloss zu dem Ende hinzugefügt, um die Grösse des zu leistenden Ersatzes festzustellen für den Fall, dass nach den gewöhnlichen Regeln Ersatz geleistet werden müsste“ ³⁾. Die *aestimatio* ist rein *taxationis gratia* vorgenommen, die Haftpflicht des Empfängers von ihr unbeeinflusst.

2. Es soll ausschliesslich die *aestimatio* geleistet werden. Das ist „ein Kaufvertrag mit Kreditierung der Kaufsumme“ ⁴⁾, und der Empfänger unterliegt den Haftungsvorschriften des Kaufes: er trägt die Gefahr sofort mit der Vereinbarung, erhält Eigentum mit der

¹⁾ Vgl. Windscheid Pand. II § 401 Anm. 12.

²⁾ Vgl. auch fr. 1 § 4 de O et A 44,7.

³⁾ Windsch. Pand. II § 500 Anm. 7 a. E.; vgl. fr. 69 § 7 de iure dot. 23,3.

⁴⁾ Windsch. Pand. II § 401 Anm. 22 a. E.; vgl. fr. 10 § 5 de iure dot. 23,3: *aestimatio venditio est*. fr. 3 loc. 19,2; § 2 J de usu fr. 2,4.

Tradition ¹⁾. So regelmässig bei der Dosbestellung ²⁾ *cum aestimatione*; es liegt eine *aestimatio venditionis gratia* vor.

Unter diesen Ausdruck zieht man aber

3. meist ³⁾ auch den Fall, wo vereinbart wird, der Empfänger solle die *species* oder deren *aestimatio* zu erstatten haben. Das ist dann eine Bezeichnung, geeignet, Verwirrung anzurichten: denn hier ist die Haftpflicht des Empfängers durchaus selbständig gestaltet ⁴⁾.

Das Prinzip giebt fr 1 § 1 *de aestim.* 19,3:

aestimatio autem periculum facit eius qui susceperit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.

Die Quellenstelle redet von der „*aestimatio*“ schlechthin. Gleichwohl ist nur unser dritter Fall gemeint. Das folgt aus dem Wortlaut ebenso sehr wie aus dem Rubrum: „*de aestimatoria*“. Der Titel handelt von der Klage aus dem Trödelvertrage, und bei diesem bewirkt die *aestimatio* bekanntlich jenes Entweder — oder.

Aus der Titelüberschrift ergibt sich aber zweitens auch, dass der Gedanke der Haftungsschärfung durch solche *aestimatio* in l. 1 § 1 cit. in ungenauer Fassung auftritt. Nicht die *aestimatio* allein bewirkt die Haftung in den Grenzen des „*periculum*“, sondern erst — im Gegensatz zur *aestimatio venditionis gratia*! — die hinzukommende Tradition der Sache. Denn die *actio aestimatoria* hat als Klage aus einem Real-Innominatkontrakte Sachleistung zur unerlässlichen Voraussetzung.

Wenngleich nun der Ausdruck „*periculum*“ im all-

¹⁾ fr. 14 u. 15 *de iure dot.* 23,3.

²⁾ Windsch. Pand. II § 494 Anm. 11.

³⁾ So Hasse, S. 422.

⁴⁾ Vgl. Windsch. Pand. II § 400, Anm. 22; § 494, Anm. 11 a. E.

gemeinen etwas kautschukartig ist ¹⁾, so geht er doch hier zweifellos auf unbeschränkte *casus*-Haftung.

Will man das auf diese Versicherung noch nicht glauben, so lehren es die einzelnen Anwendungsfälle der Hingabe *cum aestimatione*.

So heisst es

1) von der Dosbestellung in fr. 10 § 6 und fr. 11 *de iure dot.* 23,3:

si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio aut res praestentur, . . . si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit. sane et deterioorem factam reddere poterit.

Die Wahl der Leistung hat im Zweifel der Mann; ist aber die *species* umgekommen, so hat er die Schätzungssumme auf alle Fälle zu entrichten. Doch trifft ihn nicht die Gefahr der Deterioration ²⁾.

2) Der Dosbestellung *cum aestimatione* gleicht nach fr. 7 § 5 *de donat. inter vir. et ux.* 24,1 das „*commodatum aestimatum datum*“. Dem entsprechend normiert Qu. Mucius in fr. 5 § 3 *comm.* 13,6:

si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Freilich scheint im unmittelbaren Anschluss daran § 4 (*quod vero senectute etc.*) die *vis maior* auszunehmen; dass indessen diese Ausführungen sich auf das gewöhnliche Kommodat beziehen, nimmt man mit gutem Grund allgemein an ³⁾.

Dem reiht sich an

3) die entsprechende *loc. cond. rei* nach fr. 54 § 2

¹⁾ Vergl. Hasse, S. 288.

²⁾ Diese Norm bezeichnet einen ferneren Unterschied von der *aestimatio venditionis causa*. Denn dort belastet die Deterioration den Mann: fr. 10 pr. i. f. h. t. 23,3.

³⁾ Vergl. Hasse, S. 216; Windsch. Pand. II § 375, Anm. 10; s. auch unten S. 82.

loc. 19,2. Zwar spricht auch hier Paulus in flüchtiger Kürze nur von einem „*aestimatus*“ und von „*periculum*“. Aber an eine *aestimatio taxationis* oder *venditionis causa* zu denken, findet Windscheid ¹⁾ mit Recht keine Veranlassung.

4) Gegen diese Haftungsschärfung bis zur Tragung von *omne periculum* sträuben sich nun freilich sehr energisch der Trödelvertrag und die *societas cum aestimatione*.

Den Trödelvertrag verdunkelt, wie man weiss, die missratene l. 17 § 1 *de praescr. verb.* 19,5 ²⁾, aus der man immer wieder nur entnehmen kann ³⁾, dass den Trödler die Gefahr des Zufalls ausschliesslich dann trifft, *si tu me rogaveris*, „wenn er das Geschäft in seinem Interesse veranlasst“; denn

1. *si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum*: der Trödler haftet höchstens für *culpa*;

2. *si neuter nostrum*, so hat der Trödler auch nur „*dolum et culpam*“ zu prästieren.

Es scheint, als wäre hier die haftungsschärfende Kraft der *aestimatio* bei Ulpian von der Billigkeits-erwägung durchkreuzt, die Verantwortlichkeit des Trödlers müsse sich nach dem höheren oder geringeren Interesse abstufen, das er am Verträge habe. Damit gewinnt fr. 17 § 1 cit., wie unten zu zeigen sein wird, in ganz anderem Zusammenhang erhebliche Bedeutung.

Den *socius* lässt fr. 52 § 3 *pro socio* 17,2 für das Vieh, das ihm ästimiert von seinem Mitgesellschafter

¹⁾ Pand. II § 400, Anm. 22: er nennt auch dies eine loc. cond. „irregularis“.

²⁾ Vgl. Paul. Sent. II, 4 § 4: „*si quidem ego te rogavi, meo periculo perit.*“

³⁾ so Dernburg, Pand. II § 120, Anm. 8 a. E.; a. M. Windsch. Pand II § 383.

übergeben wurde, nur technische *custodia* prästieren, sodass er von *damna fatalia* nicht betroffen wird. Dass wir uns hier nicht einer *aestimatio taxationis gratia* ¹⁾ gegenübersehen, ist klar. Sonst hätte der *socius* nur für *culpa in concreto* einzutreten. Ebenso wenig ist die Abschätzung *venditionis gratia* gemeint; sonst würde *omne periculum* auf dem vermeintlichen *socius* lasten und es läge, was hier ausdrücklich zur Voraussetzung gemacht wird, eine *societas* nicht vor. Engelmann ²⁾, dem technische *custodia* identisch ist mit *diligentia in custodiendo*, sucht diese seine Theorie auch durch fr. 52 § 3 cit. auszudrücken und strandet so an der Behauptung, für *casus* würde die Haftpflicht des *socius* im Fall der *aestimatio* gerade verneint. Dass die vergleichende Gegenüberstellung von *damna fatalia* und *custodia*, sowie die Kongruenz mit dem *nauta* in Bezug auf die Vertretbarkeit des *furtum* schlagend für das Gegenteil spricht, brauche ich kaum zu bemerken.

Doch wie ist das Rätsel dieser *custodia*-Haftung zu lösen? Den Schlüssel liefert vielleicht die Beobachtung, dass als Leitmotiv der *societas* vorangestellt wird die Norm: *damna fatalia socii non cogentur praestare*, und dann im Folgenden deren Nutzanwendung — *ideoque!* — auf den Fall der *aestimatio* gemacht wird. Ein Fundamentalsatz des Gesellschaftsvertrages ist es somit, der hier ausnahmsweise eine Abschwächung der *casus*-Haftung bis auf *custodia* bewirkt, sodass als Regel auch hieraus der Satz zu abstrahieren ist: *aestimatio periculum facit eius qui suscepit*.

Und dies kann garnicht anders sein. Die Verpflichtung des Schuldners, *aut rem aut aestimationem* zu

¹⁾ Wie Engelmann, „die custodiæ præstatio“, S. 172 behauptet.

²⁾ *ibid.*

leisten, ist eine Alternativobligation ¹⁾, die sich durch kasuellen Untergang der *res* auf die *aestimatio* konzentriert, d. h. auf eine Geldsumme, welche ihrerseits als *genus perire non censetur*.

§ 8.

Die gesetzlichen Haftungsregeln des römischen Rechts schliesst, wenn schon der stillschweigende, so erst recht der ausdrücklich erklärte Parteiwille aus. Das versteht sich: *sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus*. ²⁾ Ausdrücklich kann also die Haftpflicht für den Gehilfen stets übernommen werden, und darauf deutet Ulpian in fr. 11 pr. loc. 19,2 ³⁾ hin. Es ist aber bezeichnend für die römische Auffassung, dass im übrigen von der vertragsmässigen Uebernahme fremder *culpa* kaum irgendwo die Rede ist. Sie trennen eben die Haftung des Schuldners für fremde *culpa* nicht als selbständigen Haftungsgrad aus der *casus*-Haftung heraus, sondern machen auf der langen Linie der Zufälle jenseits des Verschuldens immer nur an dem Grenzstein *custodia* / *vis maior* Halt.

Wir finden dem entsprechend die ausdrückliche Uebernahme der *culpa* des Gehilfen entweder in der Form der vertragsmässigen Tragung von *omne periculum* — und hierfür sind die Quellenbelege zahlreich ⁴⁾ — oder in der Form der Verpflichtung zu *custodia*. Hier

¹⁾ Keine Alternativermächtigung. Dann würde er durch Untergang der *res* frei. vgl. Windsch. Pand. II § 396, Anm. 3.

²⁾ fr. 23 de R. J. Nur das pact. ne dol. praest. ist bekanntlich ausgeschlossen.

³⁾ mihi ita placet . . . etsi nihil convenit.

⁴⁾ z. B. fr. 7 § 15 de pact. 2,14;

fr. 5 § 2 comm. 13,6;

fr. 9 § 2 loc. 19,2.

suchen aber die Eiferer unter den Verteidigern des Kulpaprinzips ¹⁾ der technischen *custodia* mit folgendem leidigen Argument entgegenzutreten:

Wer eine ihm schon gesetzlich obliegende Verbindlichkeit noch ausdrücklich übernimmt, der bewirkt damit — so wolle es die Theorie des römischen Rechts — eine Erhöhung seiner gesetzlichen Verpflichtung. Uebernimmt man z. B. vertragsmässig „*custodia*“, so erweitert man damit seine schon gesetzlich vorhandene Verpflichtung zu *custodia* (nämlich zu *diligentia in custodiendo*) auf Tragung des *periculum casus*.

Damit ist denn der technische *custodia*-Begriff glücklich wegretouchiert. Zur Entkräftigung dieses Arguments braucht man, so scheint es, nur zu verweisen

1. auf fr. 40 loc. 19,2 und dessen enge Beziehung zu fr. 5 pr. *nautae caup.* 4,9, wonach vertragsmässige Uebernahme von „*custodia*“ Verpflichtung zur *custodia* des *receptum* bedeutet;

2. auf fr. 14 § 17 *de furt.* 47,2, wo das „*custodiam eius rei recepit*“ nimmermehr auf eine Erhöhung von *diligentia in custodiendo* geht, sondern auf technische *custodia*.

Allein an einer Quellenstelle findet jenes Argument einen Stützpunkt, der schwerer nachgiebt. Ich stelle sie, zum leichteren Verständnis, neben die ihr inhaltsgleiche c. 4 de loc. cond. 4,65:

¹⁾ so Engelmann.

fr. 55 loc. 19,2: *dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius, cum quo contractum est, propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt.*

c. 4 de loc. cond. 4,65: *et divi Pii et Antonini litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum eiusmodi querellas deferentibus custodes exhibere necesse habeant nec ultra periculo subiecti sint . . . sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent.*

Der *horrearius* hat die *effractura* des Speichers nicht weiter zu verantworten, als dass er die von ihm bestellten *custodes* dem Kläger zur peinlichen Frage überlässt ¹⁾).

Uebernahm er jedoch noch ausdrücklich *custodia*, dann muss er sein Versprechen einlösen und haftet über „*custodia*“ hinaus für Einbruchdiebstahl.

So müssen zweifellos beide Quellenzeugnisse verstanden werden. Trotzdem ist ihre Beweiskraft für jenes vermeintliche Princip, das „allen Grundsätzen über die Auslegung der Verträge widerspricht“ ²⁾, recht fragwürdig, ja völlig nichtig, solange man nicht die Unrichtigkeit folgender Gesichtspunkte nachweisen kann:

Nach fr. 55 loc. 19,2 fiel die *effractura horrei* nicht unter die gesetzliche *custodia*-Haftung; andererseits erbringt c. 1 de loc. et cond. 4,65 den bündigen Beweis, dass sie auch nicht unter die *vis maior* gerechnet

¹⁾ so auch fr. 3 § 2 de off. praef. vig. 1,15.

²⁾ Fr. Mommsen, Beitr. z. Obligationenr., I. S. 275, Anm. 10.

wurde, denn sie wird ihr dort ausdrücklich an die Seite gestellt ¹⁾).

Hieraus ist meines Erachtens der Schluss zu ziehen, nicht nur dass die *effractura* in den Augen der Römer an der Grenze von *custodia* und *vis maior* steht, sondern auch dass ihr juristischer Charakter geschwankt hat: Sie war bald hier bald dort beheimatet. Eine gesetzgeberische Regelung der Frage: Haftet der *horrearius* für *effractura* oder nicht? that deshalb dringend not. Und sie erfolgte durch die Erlasse von Antoninus Pius und Caracalla ²⁾ in vermittelndem Sinne: Seitdem nämlich war es feste Praxis — *certa forma* —, dass

1. zwar von der gesetzlichen *custodia* die *effractura* nicht berührt wird, dagegen

2. unter vertragliche *custodia* auch die *effractura* als mitübernommen einzuziehen ist.

Diese um das Jahr 200 herum geschaffene Vermittelung hat Paulus in fr. 55 loc. 19,2 im Auge, und so erklärt sich seine Entscheidung nicht aus einem seltsamen allgemeinen Princip, sondern aus der ursprünglichen Heimatlosigkeit der *effractura* und deren späterer Unterkunft.

So lange aufgehalten, kann ich nunmehr fortfahren und zur Darstellung bringen, wie die Haftung für Verschulden des Gehilfen im Rahmen vertragsmässig übernommener *custodia* besonders häufig beim Kaufvertrage vorkommt. Der Verkäufer scheint regelmässig durch *pactum adiectum* beim Kaufabschluss die *custodia* der Kaufsache bis zur Tradition übernommen zu haben. Wenigstens ist, kam die Sache noch beim Verkäufer durch Diebstahl um, für Gaius die erste Frage: Haben

¹⁾ „periculum vis maioris vel effracturam latronum“ . .

²⁾ „et divi Pii et Antonini litteris“ . . .

die Parteien etwas über *custodia* ausgemacht? ¹⁾ Ist dem aber so, dann wird das „*periculum emptoris*“ fast paralysiert, dann erscheint die technische *custodia* als eine Kampfeswaffe, die Starrheit des formalen Rechtes zu Gunsten wirtschaftlich gesunder Normen zu brechen ²⁾!

Denn nunmehr trägt der Käufer im Ernste das *periculum* ausschliesslich für die Fälle höherer Gewalt ³⁾. Für alles hingegen, was von *custodia* gedeckt wird, also namentlich für Diebstahl und nicht gewaltsame Beschädigung der Kaufsache hat der Verkäufer aufzukommen.

Des alles zum Beweise eine selten nur verstandene Institutionenstelle:

§ 3 und 3 a J de empt. et vend. 3,23, deren Gedankengang wir soeben durchliefen.

Der Verfasser geht vom formalen Recht aus und schreibt das *periculum* dem Käufer zu. Da dies *periculum emptoris*, wie dargelegt, unberührt von der *custodia* des Verkäufers nur in Bezug auf die *damna fatalia* bleibt, werden zunächst nur derartige Beispiele aufgeführt, nämlich:

1. Tod und Körperverletzung des verkauften Sklaven ⁴⁾,

¹⁾ fr. 35 § 4 de contr. empt. 18,1.

²⁾ Dagegen Pern. Lab. II S. 357.

³⁾ So ist auch fr 31. pr. de act. e. v. 19,1 zu verstehen. „*quamvis eam custodire debuerim*“ heisst: selbst dann, wenn ich die *custodia* übernahm. Vgl. Baron a. a. O. Bd. LII, S. 64, der aber fälschlich diese Stelle auf den genus-Kauf bezieht, trotzdem, „*ea res, quam debebam*“ doch nur eine *species* sein kann.

⁴⁾ Dass Tod des Sklaven zur *vis maior* gehört, ergeben auch fr. 18 pr. comm. 13,6 u. fr. 23 R. J.; zur Körperverletzung ist der stillschweigende Zusatz zu machen: So weit sie nicht durch äussere Kraft, d. h. durch *damn. ini. dat.* herbeigeführt ist.

2. *incendium*,

3. Verwüstungen, durch Wasser angerichtet: „*aquarum magnitudines*“¹⁾).

Alles, wohlgemerkt, unter der Voraussetzung, dass es „*sine dolo et culpa venditoris accidit*.“ Handelt es sich dagegen — so geht der Gedankengang mit „*Quod si*“ weiter — um Zufälle, die der *custodia* unterliegen (*ita, ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat*), wie z. B. Flucht und Entwendung des verkauften Sklaven, so ist festzustellen, ob der Verkäufer *custodia* übernahm²⁾ ³⁾. That er es nicht, — aber auch nur dann — so ist er frei⁴⁾, muss aber seine Klagen cedieren.

Flucht und Entwendung des Sklaven sind nur paradigmatisch und keineswegs die Gesamtheit der vom Verkäufer zu vertretenden Zufälle. Denn nachdrücklich wird vermerkt: *idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus*.

¹⁾ So fr. 23 R. J.

²⁾ Dass hier technische *custodia* gemeint ist, erklärt auch Hasse S. 390; ganz richtig definiert Theophilus in dieser Stelle die *custodia* als „ἡ ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή“, was Hasse geschmackvoll als „höchst subtile und überfließende Sorgfalt im Verwahren“ wiedergibt. S. 392, a. a. O.

³⁾ Ganz wie in fr. 35 § 4 de contr. empt. 18,1. Auch sonst weist der Stil auf Gaius als Verfasser hin, namentlich dass „*idem . . . intellegimus*,“ was an das „*idemque . . . potest*“ in fr. 25 § 7 loc. 19,2 erinnert. Letztere Stelle ist aber ebenso wie fr. 35 § 4 de contr. empt. 18,1 dem zehnten Buch ad edict. prov. entnommen, sodass zwischen allen drei Stellen vielleicht der Zusammenhang besteht, dass sie einer einheitlichen Darstellung der *custodia*-Haftung entnommen sind.

⁴⁾ Vgl. fr. 35 § 4 de contr. empt. 18,1: *si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore etc.*

In der That ist das *furtum* ¹⁾ ja auch beim *nauta* Musterbeispiel, und die *fuga* eines Sklaven, dessen *custodia* übernommen war, passt gleichfalls gut hierher im Gegensatz zu den als *vis maior* geltenden ²⁾ *fugae servorum, qui custodiri non solent* ³⁾.

Das Résumé unseres zweiten Abschnittes ist dieses: Vertragsmässige Uebernahme nur der Gehilfen-*culpa* ist dem römischen Recht nicht geläufig. Die Römer kennen diese Etappe auf dem Wege durch die *casus*-Haftung kaum; *implicite* wird aber solche Haftpflicht übernommen mit dem Uebergang von *omne periculum* oder mit der Auferlegung von technischer *custodia*. Diese steht wiederum ganz im Vordergrund; sie ist von besonders tief greifender Bedeutung für den Kaufvertrag. Hier dient sie dazu, das schroffe Gesetzesrecht zu umgehen, und zeitigt so starke wirtschaftliche Konsequenzen.

§ 9.

Die bisherige Darstellung wich in ihren Grundzügen nicht von der gemeinen Meinung ab. Die Einzelerscheinungen von Haftpflicht für Verschulden des Gehilfen charakterisierten sich durchweg als Fälle gesetzgeberischer oder vertraglicher Emancipation von

¹⁾ Dass „subripere“ hier „rauben“ heisse, da ja ein Sklave nur entweder geraubt oder zur Flucht verleitet werden könne, behauptet Engelmann a. a. O. S. 179. Das ist doch wohl mehr Scharfsinn, als die Quellen vertragen.

²⁾ Nach fr. 18 pr. comm. 13,6 und fr. 23 R. J.

³⁾ Ganz schief Engelmann, S. 180, der „Raub und Sklavenflucht“ zur Kategorie der *damna fatalia* rechnet.

der regelmässigen Haftung und waren als solche, wenn auch nicht immer in Umfang und Bedeutung recht gewürdigt, so doch in ihrem Dasein wohl bekannt. Wenn ich mich aber jetzt von den Ausnahmen zur Regel wende und nach dem allgemeinen Haftungsprincip des römischen Obligationensystems frage, so lässt mich da die herrschende Theorie völlig im Stich.

Denn das weit und breit anerkannte Kulpaprinzip kennt eine Verantwortlichkeit jenseits eigenen Verschuldens überhaupt nicht.

Der Schuldner hat für eigene *culpa levis* aufzukommen, als deren Unterart auch die *culpa in concreto* aufzufassen ist. Nur eine Vertragsobligation weist mildere Haftung auf: Die des Depositars. Und dies erklärt man sich mit dem Hinweise darauf, die Billigkeit verlange nicht, „dass jemand, der aus einem Geschäft keinen Vorteil zieht, weiter als wegen Gewissenlosigkeit hafte ¹⁾“.

Die wirtschaftliche Idee, deren Keim in dieser Argumentation steckt, erscheint bei anderen in reiferer Entwicklung und spiegelt sich dann in folgender, milderer Formulierung des Kulpaprinzips wieder:

1. Für *culpa levis* haftet nur, wer als Verpflichteter aus dem Rechtsgeschäft einen Vorteil hat.

2. Ist dies nicht der Fall, so haftet der Schuldner wenigstens für *culpa lata*: So der Depositar, der Schenker. Jedoch bildet die Haftpflicht des Mandatars eine Ausnahme.

Es ist nun aber leicht einzusehen, dass auch in dieser Fassung jener wirtschaftliche Zweckgedanke ein Torso, eine Halbheit bleibt: Er wäre zum System erst durchentwickelt, wenn an die Stelle der Zweiteilung eine Dreiteilung träte. Denn das Rechtsgeschäft, aus

¹⁾ Unterholzner, Recht der Schuldverh. II S. 666.

dem der Schuldner gar keinen Vorteil zieht noch ziehen will, hat zum Antipoden die Obligation, deren wirtschaftlicher Vorteil einzig und allein dem Schuldner zufällt, und der Fall des beiderseitigen Nutzens hält die Mitte. Und diesem dreigeteilten Nutzen entspräche als Kehrseite eine Haftpflicht, die in den 3 Stufen *culpa lata* — *culpa levis* — *casus* aufsteigt.

Sollte nun wirklich das römische Recht mit jener Halbheit sich begnügt haben? Sollte es hier, in einer so einschneidenden Prinzipienfrage, den Mut der Konsequenz verleugnet haben, der ihm sonst eigen ist?

Ich wage nicht, das zu behaupten; ich möchte dem gegenteiligen Gedanken in der Form dieser Thesen Ausdruck geben:

I. Das römische Obligationenrecht kennt das Prinzip der dreigeteilten Haftung je nach der von den Parteien gewollten „*utilitas*“.

Und zwar wird hiernach

II. die Haftpflicht doppelseitig, d. h. für jeden der beiden Obligationsgegner besonders, normiert als Haftung für

culpa lata,

culpa levis,

technische *custodia*.

Doch ist

III. dieses Haftungsprinzip im Laufe der römischen Rechtsentwicklung verkümmert worden.

Der Nachweis eines derartigen Haftungsprinzips ist strenggenommen nur insofern unsere Aufgabe, als es sich darum handelt, die *custodia*-Haftung des Schuld-

ners darzuthun, dem aller Vorteil aus einer Obligation zufließt. Die Notwendigkeit aber, dieses Teilstück des römischen Haftungssystems zu einem Gesamtbilde zu vervollständigen, erheischt die Durchforschung auch solcher Rechtsverhältnisse, bei denen regelmässig nur die beiden andern Seiten des Prinzips in Erscheinung treten. Dass ich dabei das Ergebnis dieser Nachforschungen statt ans Ende an die Spitze setze, geschah, weil die Pfadfindung durch verworrene, vieldeutige Quellenstellen erleichtert ist, hat man ein weithin sichtbares Ziel vor Augen. Was aber die Schwierigkeit der Vorwärtsbewegung besonders erhöht, ist der Zwang, gewisse Quellenstellen gleichsam als Palimpsest nehmen und bei ihnen den ursprünglich gewollten Sinn von der den Kompilatoren genehmen Bedeutung scheiden zu müssen. An die Stelle festlicher Beweisführung tritt damit blosse Wahrscheinlichkeitsrechnung, an die Stelle scharf umrissener Resultate oft ein *ignoramus*. Man entschuldige diese Mängel mit der Sprödigkeit des Stoffes. Einen bedeutsamen Anhaltspunkt werden wir immerhin erblicken dürfen in der Gegenüberstellung von *custodia* zur *vis maior* oder zu einzelnen Arten der letzteren. Die Wahrscheinlichkeit wird, nach allem, was wir bisher hörten, von vornherein dafür sprechen, dass wir es in solchen Fällen mit technischer *custodia* zu thun haben.

Einen zweiten Stützpunkt für die Quellenexegese liefert uns die Thatsache, dass noch bei klassischen Juristen „*culpa*“ und „*diligentia*“ nicht Kehrseiten desselben Begriffes sind, sondern durchaus Verschiedenes bezeichnen, „*culpa*“ nämlich ein schädigendes Thun, ein aquilisches Verschulden *in faciendo*, „*diligentia*“ dagegen das Gegenstück zur „*negligentia*“, der blossen

Vernachlässigung fremder Angelegenheiten, dem Verschulden *in non faciendo* ¹⁾). Als inhaltsleerer Pleonasmus sind die beiden Ausdrücke also nicht ohne weiteres aufzufassen.

Im System der römischen Obligationen hat das *negotium stricti iuris* seinen Kreis für sich. Ein Haftungssystem, das den Grad der Haftpflicht von der concreten *utilitas* abhängig macht, läuft dem strengen, unbeweglichen Charakter dieser Rechtsverhältnisse schnurstraks zuwider. Es konnte deshalb auch hier keine Geltung finden. Der Stipulationsschuldner hat schlechthin die abstrakt bemessene *culpa levis* zu vertreten, und zwar nur *culpa levis in faciendo* ²⁾). Ob diese Norm sich auch auf den *promissor donationis* erstreckt, der ja als Schenker nur *culpa lata* zu vermeiden hätte, ist fraglich, für uns aber gleichgültig. Sicher wird von ihr der Usufruktuar betroffen, dessen obligatorische Beziehungen die *cautio usufructuaria* vermittelt ³⁾). Nicht anders haftet der Erbe dem Damnationslegatar aus der „strengrechtlichen“ *actio ex testamento* ⁴⁾). Nur der Darlehnsschuldner kann sich der *condictio* aus dem *mutuum* gegenüber nicht auf die Abwesenheit von *culpa levis* zurückziehen, er trägt *omne periculum*, und das ist, wie wir sahen, auf stillschweigende Vertragsabsicht zurückzuführen. In allen andern *stricti iuris*-Verhältnissen ist aber eine Verantwortlichkeit des Schuldners über *culpa* hinaus undenkbar; bei

¹⁾ Vergl. Pern. Lab. II S. 314 u. vorher; Dernb. Pand. II § 37.

²⁾ fr. 91 pr. de V. O.; vergl. Windsch. Pand. II § 265 Anm. 13. A. M. Bethmann-Hollweg, in Anhang 4 zu Hasse, S. 559, Anm. 1.

³⁾ Vgl. fr. 1 § 1 u. § 5 usufructuar. quemadmod. 7,9.

⁴⁾ Die Gleichstellung der *actio ex testamento* mit der *act. ex stipulatu* tritt besonders in fr. 23 de V. O. hervor.

ihnen haben wir deshalb nicht länger zu verweilen: Schauplatz unserer Nachgrabungen ist das weite Feld der *bonae fidei*-Obligationen.

Da ist denn als Hauptstelle Ulpian's fr. 5 § 2 und 3 comm. 13,6 zu verwerten, wo er die Haftung aus den *bf.*-Obligationen unter dem Gesichtswinkel der *utilitas* betrachtet und danach die einzelnen *contractus* in folgender Dreiteilung gruppiert:

1. Nur *dolus* ist zu verantworten beim *depositum*, *quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur*;

2. *sed ubi utriusque utilitas vertitur*, — es folgen Beispiele — *et dolus et culpa praestatur*;

3. *commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur*: Und darum — *et ideo* — ist die Haftpflicht des Kommodatars in weiteren Grenzen zu normieren, wie?, werden wir alsbald sehen.

Mit vollem Bewusstsein trennt Ulpian den Fall der „*sola utilitas*“ von dem der „*utriusque utilitas*“; und damit scheidet für ihn das Kommodat aus der Reihe der übrigen Verträge aus.

In der That, wenn irgendwo das Utilitätsprincip sich bewähren soll, so hat das hier zu geschehen. Kein Vertrag wird so ganz und gar von dem Interesse des Schuldners beherrscht, wie in der grossen Mehrheit der Fälle die unentgeltliche Gebrauchsleihe. Das Kommodat ist also der Prüfstein unserer Theorie, es steht für sie auf Vorposten — am weitesten hinausgeschoben und deshalb auch am meisten Angriffen ausgesetzt.

Es kann freilich vorkommen, dass das ausschliessliche oder doch überwiegende Interesse am Gebrauch der geliehenen Sache auf Seiten des Kommodanten statt auf der des Kommodatars ist. Konsequenz unseres Principis ist, dann den Kommodatar nur für *dolus* und *culpa lata* eintreten zu lassen: Und wirklich bleiben die

Quellen nicht zurück: *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit . . .*¹⁾

Indess ist in der Regel umgekehrt. Sollen hier unsere Thesen zu Recht bestehen, so muss

1. der Kommodant nur auf *dolus* und *culpa lata*,
2. der Kommodatar auf technische *custodia* haften.

Mit der ersten Konsequenz bin ich sicher, keinen Anstoss zu erregen: Mehrfach wird das *iudicium contrarium* auf *dolus* und *culpa lata* abgestellt²⁾.

Um so schlimmer steht es mit der zweiten. Den Kommodatar aus den römischen Quellen heraus über Verschulden hinaus zu verhaften, kommt der gemeinen Meinung sehr in die Quere³⁾.

Man höre aber, wie Ulpian in fr. 5 § 3—7 h. t. und Gaius in fr. 18 pr. h. t. die „*sola utilitas*“ zur Richtschnur der Haftung machen.

Ulpian beginnt mit der Wiedergabe der Meinung des Quintus Mucius, vom Kommodatar sei *et culpam praestandam et diligentiam*, bei Hingabe *cum aestimatione* dagegen *omne periculum*, also auch, im Einklang mit der sonstigen Haftungsschärfung durch *aestimatio*, höhere Gewalt⁴⁾. Man geht nicht fehl mit der Annahme „*culpa*“ und „*diligentia*“ seien hier cumulativ zu fassen im Sinne der oben gekennzeichneten Terminologie⁵⁾. Von *casus*-Haftung somit keine Spur. Aber Ulpian bleibt hierbei nicht stehen, er führt die Haft-

¹⁾ fr. 5 § 10 comm. 13,6.

²⁾ Vgl. Windsch. Pand. II § 376, Anm. 16 und fr. 17 § 3, fr. 18 § 3, fr. 22 h. t.; über fr. 62 (61) § 6 de furt. 47,2 vgl. unten S. 104 f.

³⁾ Vgl. dagegen Pern. Lab. II S. 354 ff.

⁴⁾ Vgl. oben S. 67.

⁵⁾ So auch Dernb. Pand. II § 37, Anm. 3; wunderlich Hasse, S. 215, den Pern. Lab. II S. 284 ff. gründlich widerlegt.

pflicht des Kommodatars des weiteren aus; und da bewegt er sich in dem uns aus mehreren Quellenstellen ¹⁾ vertrauten Gedankengang, zunächst unter Verneinung der Haftpflicht — *nisi aliqua culpa interveniat* — einen Katalog von Fällen höherer Gewalt ²⁾ zu geben und dann mit Nachdruck dem gegenüberzusetzen: *custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare*. *Custodia* hier als blosser *diligentia in custodiendo* zu verstehen, das hat zum mindesten doch den Schein gegen sich! Und nicht nur den Schein. Nach § 6 eod. will Ulpian für einen *homo commodatus* nur „*interdum*“ *custodia* prästieren lassen und zwar — erinnern wir uns der Institutionenstelle von der *custodia* des Verkäufers ³⁾ — zum Schutze gegen *fuga* — *si vinctus commodatus est* —, oder zum Schutze gegen Entwendung — *vel eius aetatis, ut custodia indigeret*.

Wie ist es denkbar, dass dieses „*interdum*“ auf *diligentia in custodiendo* ginge, die der Kommodatar doch immer ⁴⁾ aufzuwenden verpflichtet ist! Und ferner: In § 7 hebt Ulpian von der vorher besprochenen *custodia* den Ausnahmefall der Verantwortlichkeit für *vis maior* ab. Wie würde er diese Fassung wählen, ginge nicht eben die *custodia*-Haftung bis an *vis maior* heran!

Wer mir aber noch nicht glauben will, dem sei entgegengehalten, was Gaius ⁵⁾ über den Fall denkt, *si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res*:

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est,

¹⁾ Vgl. namentlich § 3 J de empt. et vend. 3,23; fr. 52 § 3 pro soc. 17,2.

²⁾ „senectute vel morbo“: vgl. fr. 23 R J: „animalium vero casus mortisque“.

³⁾ § 3 a J de empt. et vend. 3,23.

⁴⁾ Den hier durchaus fernliegenden Fall der *nulla utilitas* ausgenommen.

⁵⁾ fr. 18 pr. h. t.

qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet — aber nimmt das sich nicht wie ein Gegenbeweis aus? Mit nichten, wenn man beachtet, wie scharf Gaius die Haftpflicht nach ihrer negativen Seite abgrenzt: *ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit*. Man bemerke: Nicht *casus* schlechthin, sondern nur *ii casus, quibus resisti non possit*, entschuldigen; und dass damit die *damna fatalia* gemeint sind, darüber lässt die nun folgende Liste nicht den geringsten Zweifel. Wir finden sie samt und sonders, und fast mit denselben Ausdrücken, in der bekannten Musterrolle der *damna fatalia* in fr. 23 R J wieder. Dabei nimmt auch Gaius gleichwie Ulpian in fr. 5 § 7 cit. den Fall des *furtum usus* von der Haftungsfreiheit aus, und macht die *custodia* wie beim Landtransport ¹⁾ zur Pflichtsache, sodass der „*diligentissimus quisque*“ als Kommodatar sie vornehmen wird ²⁾.

Doch höre ich einen Einwand. Mit „*at si utriusque*“ führt Gaius die zweite Möglichkeit der Interessenverteilung an und normiert hierfür die Haftpflicht als ein Einstehen für *culpa in concreto*, „*ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*.“ Ergänzt man hierzu die dritte Stufe der blossen *culpa lata*-Haftung, so scheint sich die Dreiteilung als harmlose Unterscheidung von *culpa lata* — *culpa in concreto* — *culpa levis* herauszustellen ³⁾. Indessen ist die Mittelstufe der *culpa in concreto* nicht mehr als Hypothese und harmoniert sehr wenig mit der „diplomatisch unanfechtbaren“ ⁴⁾ Lesart „*in rebus pignori datis*“. Möglich ist immerhin, dass Gaius hier schlichte *culpa levis* im Auge hatte: Dazu passt der

¹⁾ fr. 25 § 7 loc. 19,2.

²⁾ Genau so wie dort!

³⁾ So wirklich Hasse, S. 155.

⁴⁾ Pern. Lab. II S. 370, Anm. 36.

Pfandvertrag vortrefflich, aber auch die *dotalia* nicht schlecht. Denn die *diligentia quam suis* des Ehemannes tritt im übrigen erst bei Paulus und Ulpian auf¹⁾, während zahlreiche Zeugnisse früherer Juristen schlechthin auf *culpa levis* verweisen²⁾. Aber darauf will ich mich nicht versteifen. Zugegeben, dass Gaius in fr. 18 pr. cit. es auf *culpa in concreto* abgesehen hat, keinesfalls darf man das einfach auf die Fälle der *utriusque utilitas* verallgemeinern. Es gilt nach Gaius' Intentionen ausschliesslich für den hier vorliegenden societäts-gleichen Fall, dass zwei Leute sich zur Bewirtung eines *communis amicus* zusammenthun. So erklärt sich die Bemerkung, nach anderer Meinung sei hier nur *dolus* zu vertreten, was wirklich für den *socius* auch sonst überliefert ist³⁾. Die *diligentia quam suis* unserer Stelle ist also eine Sondererscheinung und nicht als Mittelstufe des Utilitätsprinzips gedacht.

Die beiden Aussprüche von Ulpian und Gaius, die dem Kommodatar *custodia*-Haftung auferlegen und dies ausdrücklich aus seiner *sola utilitas* herleiten, sind die Krystallisationscentren, an die sich leicht zahlreiche Quellenstellen ansetzen, welche dem Kommodatar *custodia* ohne nähere Motivierung auferlegen.

In Gegenüberstellung zum *mutuum* behandeln die Haftpflicht des Kommodatars fr. 1 § 4 de O. et A. von Gaius und der ihm nachgeschriebene § 2 J *quibus modis re* 3,14. Der Darlehnschuldner hat bekanntlich für jeden Zufall, und sei es selbst höhere Gewalt, aufzukommen. So ergibt sich folgende Antithese:

1) *et ille quidem qui mutuum . . . obligatus permanet:*

¹⁾ Pern. Lab. II S. 365.

²⁾ fr. 18 § 1, fr. 25 § 1, fr. 66 pr., fr. 67 sol. matr. 24,3.

³⁾ Vgl. Mommsen. a. a. O. III S. 392, Anm. 2; und § 9 J de soc. 3,25.

2) *is vero qui utendum accepit,*

a. si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, . . . rem quam accepit amiserit, securus est.

b. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.

Doch haftet er ausnahmsweise *in maioribus casibus: si culpa eius interveniat.*

Dass „*maiores casus*“ hier als blosser Gegensatz zur *culpa*, also als *casus* schlechthin gemeint seien ¹⁾, ist eine völlig haltlose Behauptung, deren Unrichtigkeit sich schon durch den Hinweis auf die von Gaius gewählten Beispiele *incendium ruina naufragium*, die typischen Fälle der *vis maior*, zeigen liesse, erklärte nicht Gaius diese Zufälle ausdrücklich für solche, denen *humana infirmitas resistere non potest*. Zu Irrungen Anlass geben könnte aber die Definition der Haftpflicht nach ihrer positiven Seite, die so seltsam an die *diligentia diligentis* erinnert. Pernice findet in dieser Ausdrucksweise nicht mehr als eine „phraseologische Ausschmückung“ des alt bekannten Diligenz-Begriffes ²⁾. Allein wir kennen bereits aus fr. 25 § 7 loc. 19,2 und aus fr. 18 pr. comm. 13,6 Gaius' Vorliebe dafür, die *custodia* nicht sowohl als Haftpflicht für gewisse Ereignisse, denn als Verpflichtung zur Abwehr dieser Ereignisse hinzustellen, sie gleichsam als Prophylaxe zu nehmen. Nichts anderes darf man auch aus unserer Stelle entnehmen: Für Gaius ist die *custodia* eine über *diligentia* hinaus denkbarst „gesteigerte persönliche Obhut und Fürsorge ³⁾“, sodass sie ihm dann als nicht

¹⁾ So Goldsch. Ztschr. f. H.-R. III S. 90.

²⁾ Labeo II S. 369.

³⁾ Siehe oben S. 22 und Windsch. Pand. II § 264 Anm. 9.

aufgewandt erscheint, *si alius diligentior custodire poterit*, sobald noch eine weitere Steigerung derselben im Bereich der Möglichkeit lag. So bildet denn fr. 1 § 4 cit. einen Beleg für die Richtigkeit der oben ¹⁾ entwickelten subjektiven Goldschmidt'schen Theorie von der *vis maior*. Und der Grund solcher Haftung des Kommodatars ist, wäre er uns nicht schon bekannt, mit einem unfehlbaren *argumentum e contrario* aus § 5 cit. zu entnehmen, wo die Verschiedenheit der Haftpflicht des Depositars von der soeben besprochenen mit den Worten begründet wird: *quia enim non sua gratia accipit*.

Mit dem *fullo* und dem *sarcinator* vergleicht die Verantwortlichkeit des Kommodatars § 16 (18) J *de obl. quae ex del.* 4,1. Vorher wird dem *fullo* die *actio furti* deshalb zugesprochen, weil er *custodia* zu prästieren hat und deshalb dem Sacheigenthümer immer aus der *actio locati* verhaftet ist. Das überträgt Gaius — denn auch hier spricht er — auf den Kommodatar:

nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam praestare. Es folgt ein Selbstlob Justinians, der dem Kommodanten die *actio commodati* gegen den Kommodatar und die *actio furti* gegen den Dieb zur Wahl stellt ²⁾. Nicht fern vom Wege liegt auch hier die Vermutung, Gaius habe mit den, übrigens nicht sicher überlieferten Worten „*qui commodum utendi percipit*“ auf das Utilitätsprinzip hindeuten wollen.

Es schliessen sich als weiterer Kreis mehrere Quellenstellen an, die zum Teil mit klaren Worten von der *custodia* des Kommodatars handeln, zum anderen

¹⁾ S. 22 f.

²⁾ Vgl. c. 22 § 1 de furt. 6,2.

Teil mit der *custodia*-Haftung wenigstens vereinbar sind:

1. fr. 5 § 13 h. t. hat immer für das Kulpaprinzip herhalten müssen, meiner Meinung nach ganz mit Unrecht. Es sind jemandem eine Schlüssel und ein Sklave, vermutlich zum Servieren, geliehen. Cartilius trennt zwei Fälle:

a) *servus lancem perdidit*: Dann trägt der Kommodatar den Schaden, denn auch die Schlüssel war kommodiert, der Sklave also, dem sie zum Servieren anvertraut wurde, insofern Gehilfe des Schuldners, sodass auch sein Verschulden in Bezug auf die Schlüssel zu vertreten ist: *quare culpam in eam quoque praestandam*;

b) hingegen, *plane*¹⁾, *si servus cum ea fugerit*, haftet der Kommodatar nicht. Natürlich! Ein Sklave, der beim Gastmahl servieren soll, wird als ein *servus custodiri non solitus* geliehen; sein Verlust durch Flucht ist also *damnum fatale*, und damit wird auch der Verlust der *lanx* zum *damnum fatale*, für das der Kommodatar nicht aufzukommen hat — *nisi fugae praestitit culpam*²⁾.

1) Vgl. die umgekehrte Fassung des Gegensatzes in fr. 5 § 4 u. 5 h. t. „quod vero“ — „custodiam plane“.

2) Der Satz, „quare culpam in eam quoque praestandam“ kann nicht, wie Pernice (Lab. II S. 355, Anm. 40) es haben will, von Ulpian herrühren. Er ist ein wesentliches Glied von Cartilius' Gedanken und erscheint noch dazu in indirekter Rede, abhängig von „Cartilius ait“. Mit Pernice' Auslegung „auch im Betreff der *lanx* hafte er (nämlich der Kommodatar) für culpa“, kann ich mich demnach nicht befremden. Jedoch möchte ich ganz in Parenthese bemerken, dass mir in jenem Satze ursprünglich an der Stelle von „culpam“ „custodiam“ gestanden zu haben scheint. Culpam — culpam kurz hinter einander und doch in verschiedenem Sinne gebraucht, ist etwas merkwürdig. Das ist zur Präcisierung der Stellung, welche die Kompilatoren gegenüber dem Utilitätsprinzip einnehmen, beachtenswert genug. Davon später.

2. Cartilius' Spuren folgen ganz und gar Labeo und Ulpian in fr. 5 § 14 h. t.: Hat der Kommodant nicht die *custodia* des geliehenen und dabei umgekommenen *argentum* stillschweigend (*custodem posui*) — hierauf baut Labeo seine Antithese auf — oder ausdrücklich (*nisi aliud nominatim convenit*) — Ulpian seinerseits legt darauf das entscheidende Gewicht — übernommen, so trifft der Schade denjenigen, *penes quem res relictæ sunt*, d. h. den Kommodatar. Und Ulpian fügt erläuternd hinzu, die Klage sei die *actio commodati*, der Haftungsgrad *custodia*.

Jetzt wissen wir

3. auch Julians uns schon bekannte Erklärung in fr. 19 h. t. zu würdigen, durch die das *damnum iniuria ab alio datum* von der Haftung als *vis maior* ausgeschlossen wird. Aus ihr geht einmal hervor, dass die Verantwortlichkeit des Kommodatars und dessen, *qui servandum aliquid conduxit*, völlig identisch sind; andererseits ist sie uns ein neuer Beleg für die Richtigkeit des subjektiven *vis maior*-Begriffs und damit wieder eine Stütze unserer Auslegung jener Aussprüche von Gaius ¹⁾, in denen der Ausdruck „*diligentia*“ leicht zum Irrlicht wird: Die Sachbeschädigung ist für Julian deshalb *vis maior*, weil sie durch keine „*cura aut diligentia*“, keine noch so gesteigerte Obhut abzuwenden ist.

4. Das Kommodat ist eine Bringschuld. Schickt der Sacheigenthümer zum Kommodatar jemand, „*qui repeteret*“, so kann das, wie fr. 12 § 1 h. t. lehrt, zwiefache Bedeutung haben. Entweder

a) der Kommodant will die Bringschuld in eine Holschuld verwandeln, er willigt ein in Erfüllung beim

¹⁾ fr. 18 pr. h. t.;

fr. 25 § 7 loc. 19,2;

fr. 1 § 4 de O. et A.

Schuldner, sodass mit der Hingabe der Sache an den Boten der Obligationsnexus gelöst ist. Macht sich dann der Bote mit der Sache aus dem Staube, so ist das des Eigenthümers Schade: *si dominus ei dari iusserat, domino perit.*

b) Der Kommodant will dem Kommodat den Charakter einer Bringschuld nicht nehmen, er schickt nur *commonendi causa, ut referretur res commodata.* Ob der Kommodatar die Sache dann dem Boten direkt giebt oder sie anderweit zu ihm schafft, ist ihm gleichgültig. Der Obligationsnexus läuft bis zur Abgabe an den Kommodanten fort, und da heisst es vom Verlust der Sache: *(perit) ei cui commodatum est* ¹⁾ ²⁾ ³⁾.

Sprachen die letzten 4 Quellenzeugnisse geradezu für die *custodia*-Haftung, so schliessen sich als äusserster Kreis 4 Fragmente von mehr oder minder bedenklicher Fassung an. Hier ist gleichsam die Centrifugalkraft gewachsen, doch halten sie sich noch zum Utilitätsprinzip.

1. Am wenigsten Anstoss erregt noch fr. 21 § 1 h. t. Dort scheint African dem Kommodatar die *actio furti* deshalb zuzusprechen, weil er das *periculum* ausdrücklich übernahm. Doch lösen sich die Zweifel leicht,

¹⁾ So muss man selbstverständlich mit Mommsen statt „ei qui commodatus est“ lesen.

²⁾ Man vermeide eine Verwechslung: das „anfugere“ fällt hier unter die *custodia*-Haftung. Wenn fuga servorum u. U. als vis maior gilt, so bezieht sich das natürlich auf servi als Objekt des Kommodatvertrages.

³⁾ Goldschm. hilft sich hier mit der Behauptung, den Kommodatar träfe Verschulden, weil er den Boten, der nur *commonendi causa* geschickt war, mit der Restitution betraute. Aber wie wenig es gerade Ulpian auf solchen Unterschied ankam, beweist doch schlagend der Umstand, dass er den Boten zugleich einen „missus qui repeteret“ nennt.

beachtet man die Antithese des „*periculo tuo*“ zum „*communi periculo*“. Das *commune periculum* bildet die Ausnahme und muss als solche vereinbart werden. Mit dem „*periculo tuo*“ kehrt African zur Regel zurück und markiert damit nur den Gegensatz zur Ausnahme.

2. Verführerisch dagegen spricht fr. 23 h. t.: *si commodavero tibi equum quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati*. Aber was wird als Grund dieser Haftungsfreiheit angegeben? Nicht etwa die *nulla culpa tua*, sondern: *nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laboreu sustinere non potuit*. Ein Verschulden des Kommodanten also beeinflusst und mildert die Haftpflicht des Kommodatars. Wie ist das möglich? Offenbar nur im Wege der Kompensation, indem die *culpa superveniens* des Gegencontrahenten die an sich stärkere Haftung des Contrahenten abschwächt, entweder,

1) sodass er ganz frei ist: wenn *culpa* gegen *culpa* stand (Kulpakompensation i. e. S.); oder,

2) sodass er nur noch für *culpa* haftet: wenn *culpa* gegen *custodia* stand.

So ist es hier. Der Kommodatar ist frei, *si nulla tua culpa interveniente equus deterior factus sit*, und den Anlass dazu giebt die *culpa* des Kommodanten, durch die das *deteriorem fieri*, der „innere Verderb“ des Pferdes verursacht ist. So wird Pomponius in fr. 23 cit. aus einem Gegner zu einem Anhänger unserer Theorie. Von der *custodia*-Haftung schliesst er ausser der höheren Gewalt auch den inneren Verderb der geliehenen Sache aus, und die Denkform hierfür ist: Kompensation mit einem Verschulden des Leihers. Ich stelle, als Pendant und zugleich ferneres Zeugnis für die Richtigkeit des Gesagten folgende Quellenaussprüche damit zusammen:

fr. 5 § 4 h. t.: *quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum etc;*

fr. 30 § 4 loc. 19,2: *colonus villam hac lege acceperat, ut eam incorruptam redderet praeter vim et vetustatem.*

Von Pomponius rührt

3. auch fr. 16 *de cond. furt.* 13,1 her. Die Brücke zum Verständnis der schlecht gewählten Worte schlägt Pomponius selber in der damit eng zusammengehörigen und gleichfalls dem 38. Buche *ad Qu. Mucium* entnommenen l. 77 (76) pr. *de furt.* 47,2. Scharf zu scheiden sind zwei Fälle, 1) die Haftpflicht aus dem *furtum usus* selber, 2) die Haftpflicht wegen *casus*, die dem *furtum* zeitlich nachfolgen.

Vom ersten Fall spricht fr. 77 (76) pr. *de furt.* 47,2. Ob die *actio commodati* dem Eigenthümer zusteht, *in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.* Das leuchtet ein: Der Missbrauch der fremden Sache hat mit der Abwehr von casuellen äusseren Ereignissen nichts zu thun, er ist eine Handlung des Schuldners und kann als solche für den Fall, dass deliktische Haftung wegen Mangels der fraudulosen Absicht ausgeschlossen ist, zu einer contractlichen Haftung nur führen, soweit darin — *in faciendo* — ein Verschulden, eine „*culpa*“ liegt.

Nur den zweiten Fall hingegen hat Pomponius in fr. 16 cit. im Auge. Nachfolgende *casus* können entweder

1) mit dem *furtum usus* in gar keinem Kausalnexus stehen. Dann wird contractliche Haftung von den Quellen einstimmig verneint¹⁾. Pomponius giebt aber die *condictio furtiva*: *etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur.*

¹⁾ Anders beim *furtum rei*: fr. 1 § 25 dep. 16,3; vgl. Windsch. Pand. II § 375, Anm. 10 a.

Oder 2) die *casus* sind durch das *furtum usus* direkt veranlasst. Mehrfach begegneten uns bereits Quellenzeugnisse, die in dem Fall also veranlasster *vis maior* den Kommodatar kontraktlich haften lassen¹⁾. Damit im Einklang begrenzt Pomponius die Kontraktsklage dahin, dass sie nicht über den Kausalnexus mit dem abredewidrigen Gebrauch der Sache hinausreicht. Dieser Sachmissbrauch ist beim Depositum nur als *dolus*, als „*furtum*“ *usus* also, denkbar, beim Kommodat, wie wir sahen²⁾, schon als *culpa*, als schuldhaftes Thun. So kommt Pomponius dazu, die Zuständigkeit der Kontraktsklagen mit den Worten zu bestimmen: *cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.*

4. Als vierter und letzter im Bunde gesellt sich Ulpian in fr. 10 pr. h. t. hinzu. Auch hier glaubt man das Kulpaprinzip herauszuhören, und wirklich lassen sich die Zweifel nicht ganz unterdrücken; möglich und wie mir scheint recht gut möglich ist aber, dass Sabinus und nach ihm Ulpian hier kein allgemeines Prinzip, sondern nur den Fall im Sinne haben, wo der Kommodatar *rem deteriore fecit*, wo, mit andern Worten, die geliehene Sache nicht nur schlechter wird, sondern speziell durch die Thätigkeit des Kommodatars schlechter wird. Ein „*facere*“ des Schuldners selbst kann nun allerdings zu einer Haftung nur führen, wenn es ein schuldhaftes *facere* ist, wenn also eine „*culpa*“ vorliegt. *Custodia* bleibt als Abwehr äusserer Ereignisse hier völlig ausser Ansatz. So mag Ulpian die *culpa* in prägnantem Sinne gedacht haben. Diese Annahme

¹⁾ So fr. 5 § 7, fr. 18 pr. h. t.; fr. 1 § 4 de O et A.

²⁾ Siehe fr. 77 (76) pr. de furt. 47,2.

gewinnt noch dadurch an Wahrscheinlichkeit, dass in der unmittelbar darauf folgenden Ausführung Ulpian sich zweifellos auf den Boden der *custodia*-Haftung stellt. Das bitte ich vorläufig auf Treu und Glauben hinzunehmen ¹⁾).

Nehmen wir nun, nach all' den bisher gegebenen Ausführungen, die *custodia*-Haftung des Kommodatars einstweilen als quellenmässig an, so eröffnet sich in Konsequenz dieser Haftung eine Einzelercheinung mühelos dem Verständnis: Es ist die oft geleugnete, oft als *ius singulare* untergebrachte Thatsache, dass der Kommodatar für die Entwendung der kommodierten Sache selbst bei eigener Schuldlosigkeit einsteht, und demgemäss er, nicht aber der Kommodant, die *actio furti* hat ²⁾. Denn der *dominus* kann seine Sache stets mit dem *iudicium commodati* verfolgen, hat also kein Interesse *rem salvam esse*. Das erfahren wir aus § 15 (17) und § 16 (18) J de obl. quæ ex del. 4,1 ³⁾. Wir entnehmen daraus aber ferner, dass Justinian dies in bekannter Inkonsequenz „verbessert“ ⁴⁾ hat, indem er dem Kommodanten die Wahl liess zwischen der *actio furti* gegen den Dieb und der *actio commodati* gegen den Kommodatar.

Die Beziehungen zwischen der unbedingten Eintrittspflicht des Kommodatars für *furtum* und der *actio furti* als dem Aequivalent dafür spiegeln sich wieder in

fr. 5 § 15 comm. 13,6: *sed esse verius ait et dolum*

¹⁾ Nachgewiesen wird es unten S. 107 f.

²⁾ Es sei denn, dass er insolvent ist oder selber dolos handelte. Vgl. oben S. 49 Anm. 1. Uebrigens war die Zuständigkeit der *actio furti* unter den alten Juristen streitig gewesen: c. 22 § 1 de furt. 6,2.

³⁾ Vgl. auch c. 22 § 1 eod: „quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest“.

⁴⁾ „sed nostra providentia etiam hoc emendavit“.

et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare . . . ambobus competit furti actio;

fr. 21 § 1 eod.: *et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine;*

fr. 28 de act. rer. amot. 25,2: *si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverit, subriperit isque conventus sit, habebit furti actionem;*

fr. 14 § 15 de furt. 47,2: *non solum autem in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea agnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet.*

Gegen die unbedingte Verantwortlichkeit für *furtum* ist von verschiedenen Seiten Front gemacht worden:

1) Hasse¹⁾ widerlegte die thörichte alte Theorie, ein *furtum* sei ohne *culpa* des Bestohlenen undenkbar oder doch wenigstens für die römischen Juristen undenkbar. Er konstruierte, der Kommodatar, der die *actio furti* anstelle, gebe damit zu, in Schuld zu sein. Und das müsse ihm immer frei stehen.

2) Engelmann erklärt die Zuständigkeit der *actio furti* aus prozessualen Nöten des Kommodatars: Er werde verklagt, müsse, wenn auch frei von der Verpflichtung zu Schadensersatz, vor Gericht erscheinen, Unschuldsbeweise herbeischaffen u. s. w. Dies alles gebe ihm ein Interesse „am Nichtvorkommen“²⁾ des Diebstahls. Zum Beweise beruft Engelmann sich auf fr. 14 § 10 de furt. 47,2. Und gerade dort wird die Zuständigkeit der *actio furti* auf den beschränkt, *qui ob eam rem tenetur, quod etc.*, d. h. auf den, der auf Schadensersatz nicht nur verklagt wird, sondern haftet.

¹⁾ Hasse a. a. O. § 81 ff.

²⁾ A. a. O. S. 128.

Alle diese Argumentationen sind verfehlt. Man fühlt es: An der *actio furti* geht das Kulpaprinzip zu Grunde.

Und dies Ergebnis kann auch fr. 14 § 10 de furt. 47,2 nicht erschüttern. Die Stelle liest sich zuerst, als hafte der Kommodatar nur dann und habe folglich die *actio furti* auch nur dann, wenn ihn in Bezug auf den Verlust der Sache ein Verschulden trifft. Damit wäre *custodia* und *culpa* in eins verschmolzen, und Julian würde der Theorie von der *diligentia in custodiendo* das Wort reden ¹⁾. Zum Glück trifft das nicht zu: Dem Vater, *cuius filio commodata res est*, wird die *actio furti* ebenso wie dem Bürgen des Kommodatars abgesprochen; ob Julian damit auch sagen will, dass der Vater aus der *actio de peculio* dem Kommodanten nicht hafte, lasse ich dahin gestellt. Er würde sich mit der Verneinung dieser Haftpflicht in noch grösseren Widerspruch zu anderen Juristen setzen, als er es schon mit der Versagung der *actio furti* thut ²⁾. Ihm kommt es darauf an, die Unzulässigkeit der *actio furti* zu erläutern, und bei dieser Deduktion trägt er eine etwas engherzige Auffassung zur Schau. Um die Klage zu haben, genügt nach seiner Meinung nicht, dass man am Nichtuntergang der Sache interessiert ist, sondern man muss entweder

1) *custodia* zu leisten haben, und das hat der Vater nicht (*quia custodiam praestare non debeat*); oder

2) *ob eam rem teneri* (wenigstens aus dem Grunde haften), *quod ea res culpa eius perierit*, und das trifft auf den Vater auch nicht zu, denn er haftet höchstens *ex peculio*.

¹⁾ Falsch interpretiert Baron, Arch. f. civ. Pr., Bd. LII, S. 72.

²⁾ Vgl. fr. 52 § 9 eod. Dass diese Stelle auch von Ulpian herrührt, ändert an der Sachlage nichts. In fr. 14 § 10 hat Ulpian eben, wie so oft, gedankenlos abgeschrieben.

So kommt in Julian's Worten weiter nichts als die Beziehung der *actio furti* zu den beiden fundamentalen Haftungsmöglichkeiten zum Durchblick: *Custodia* heisst die eine; wer für sie aufzukommen hat, dem steht die *actio furti* immer zu; *culpa levis*-Haftung die andere; wer nur soweit haftet ¹⁾, dem steht die *actio furti* auch nur im Fall solcher Haftung zu.

Endlich vermag auch die zweideutige Ausdrucksweise der l. 15 § 2 h. t. nur einen Augenblick uns aufzuhalten. Ihren wahren Sinn zeigt ein Vergleich mit der kongruenten l. 60 (59) eod. Ist der Kommodant selber der Dieb, so haftet ihm der Kommodatar nicht. Denn der Restitutionspflicht ist genügt (*quia suum recepisset*). Der Kommodatar hat also kein Interesse mehr an der Wiedererlangung der Sache (*nullas retinendi causas* ²⁾). Darum hat er auch die *actio furti* nicht.

Alles in allem genommen, scheint die *custodia*-Haftung des Kommodatars und mit ihr das Utilitätsprinzip glücklich unter Dach gebracht, folgte jetzt nicht die unvermeidliche Liste von Quellenzeugnissen, die damit kaum zu vereinen sind.

Das ist

1. fr. 20 comm. 13,6. Baron ³⁾ sucht diesen Julian'schen Ausspruch durch die Hypothese zu retten, der Bote wäre schuldlos, das *decipi* sei *damnum fatale*. Zu dieser Auslegung zwinge l. 12 § 1 eod. Hier wird allerdings, wie wir uns erinnern, der Kommodatar für die Flucht des Boten verantwortlich gemacht. Aber man braucht soweit garnicht zurückzugreifen. Unmittel-

¹⁾ wie der Prekarist: fr. 14 § 11 h. t.; wie der Mieter: fr. 14 § 12 h. t.; davon unten.

²⁾ Er müsste denn Impensen auf die Sache verwandt haben: fr. 59 eod.

³⁾ A. a. O. Bd. LII, S. 70.

bar vorher, in l. 19, tritt ja derselbe Julian für die *custodia*-Haftung des Kommodatars unter Ausschluss des *damnum iniuria datum* ein. Es lassen sich aus diesem Ausspruch zwei schwache Argumente für Baron's Auffassung herausziehen:

1) Dieselbe Engherzigkeit, die Julian bestimmte, die Sachbeschädigung von der *custodia* auszuschliessen, mag ihn auch zu der Anschauung verleitet haben, das *decipi* könne als *damnum fatale* dem Schuldner nicht zugerechnet werden. Und dazu würde

2) das Hervorkehren des Subjektiven am *vis maior*-Begriff in fr. 19 cit. recht gut passen. War wirklich jeder Gedanke daran, die Sache könnte dem Boten abgeschwindelt werden, ausser dem Bereich der Möglichkeit, so lässt sich auch hiervon sagen: *Qua enim cura aut diligentia consequi potuit, ne deciperetur?*

Nicht aus dem Wege zu räumen ist aber

2. fr. 10 i. f. und fr. 11 comm. 13,6: . . . *aeque culpam mihi praestabit, qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit* ¹⁾;

und zum Schluss

3. die ominöse Gruppierung der *bf.*-Contrakte von Ulpian in fr. 23 R. J. Doch ist hier die Wahrscheinlichkeit einer Corruption so gross ²⁾, dass man eine entgegengesetzte Theorie auf sie allein nicht wird basieren dürfen.

So führt uns denn die Einzelbetrachtung der Quellenzeugnisse allem Ansehen nach zu unerquicklicher Ergebnislosigkeit. Konnten wir mit dem Nachweis

¹⁾ Vgl. oben S. 15 und unten S. 108. Dagegen nimmt sich fr. 10 § 1, allein betrachtet, wie zu zeigen sein wird, ganz anders aus.

²⁾ Vgl. Engelmann a. a. O. S. 39.

einer Gruppierung der *bf.*-Obligationen nach dreifacher *utilitas* beginnen, so müssen wir mit dem Ausblick auf eine zweiteilige Gliederung derselben schliessen: Und beides rührt von Ulpian her! Aber soviel Niederschlag liess unsere Untersuchung doch zurück: Der Gedanke der drei Haftungsstufen gemäss der *utilitas* und damit die *custodia* des Kommodatars ist jedenfalls zeitweise im römischen Rechte lebendig gewesen. Ob unser Blick sich erweitert und das Ziel findet, wenn wir aus der Vogelschau das gesamte der Erforschung harrende Gebiet übersehen, kann hier noch nicht entschieden werden. Wir müssen dazu erst das Utilitätsprinzip durch die übrigen Obligationen hindurch verfolgen. Dabei werden wir uns wesentlich kürzer fassen dürfen als bisher. Denn so sehr wie das Kommodat ist keine Obligation der Prüfstein jener Theorie. Meist steht zur Frage, ob *nulla utilitas* oder *utriusque?*, und die Anpassung der Haftpflicht des Schuldners hieran als *culpa lata*-, *culpa levis*-Haftung ist einerseits der romanistischen Theorie eine geläufigere Vorstellung, berührt andererseits unser Thema nur mittelbar.

Freilich nicht so beim Precarium. Der Precarist ist genau so wie der Kommodatar der allein am Vertrage Interessierte, und doch betonen die Quellen, dass er im Gegensatz zu jenem nur für *dolus* und *culpa lata* einzustehen hahe ¹⁾. Aber sie stellen das ausdrücklich als Besonderheit hin, die sich aus dem schenkungsähnlichen Charakter des Precarium erklärt: *nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum ex liberalitate descendat eius qui precario concessit* ²⁾. Wirklich war ja das Precarium ursprünglich ein rein

¹⁾ fr. 8 § 3 und § 6 de prec. 43,26.

²⁾ fr. 8 § 3 eod.

faktisches Treueverhältnis ¹⁾, das, wie die Schenkung, überhaupt keine Verpflichtung des Empfängers begründete ²⁾. Seinen liberalen Charakter büsste es nach dem *interdictum de precario* nicht ein, sodass auch jetzt noch *culpa* und *omnis causa* nur bei *mora* zu prästieren war ³⁾.

Für den Faustpfandvertrag weist uns der inhaltsschwere § 4 J *quibus modis re* 3,14 den Weg. Im Titel 3,14 wird von der Haftung aus den 4 Realverträgen gehandelt. Bei

1. Darlehn

2. Kommodat ⁴⁾

3. Depositum

wird der Haftungsgrad ohne jede Bezugnahme auf die beiderseitigen Utilitätsverhältnisse erörtert, obgleich doch die geringe Haftpflicht des Depositars zu derartigen Betrachtungen geradezu herausfordert. Anders

4. beim Faustpfandvertrag.

Hier wird nicht nur die Kulpahaftung des Gläubigers mit der Doppelseitigkeit des Vertragsinteresses begründet, sondern auch des näheren auszuführen versucht, inwiefern denn das „*pignus utriusque gratia datur*“.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, als habe für Justinian der Haftungsgrad in den Fällen 1—3 festgestanden und daher nur eine kurze Nahmhaftmachung erheischt, als sei es ihm hingegen beim Pfandvertrage darum zu thun gewesen, seine Ansicht im Widerstreit mit einer anderen festzulegen und zu begründen. Und dieser Eindruck muss sich zur Ueber-

¹⁾ Vgl. Dernburg Pand. II § 91 und die Niebuhr'sche Hypothese: Windsch. Pand. II § 376 Anm. 2.

²⁾ fr. 14 eod.; fr. 14 § 11 de furt. 47,2: „quia simile donato precarium est.“

³⁾ fr. 8 § 5 und 6 eod.; fr. 14 § 11 de furt. 47,2; fr. 23 R. J.

⁴⁾ Vgl. oben S. 85.

zeugung vertiefen ¹⁾, beachtet man die seltsamen Einführungsworte für jene Kulpahaftung: „*placuit sufficere*“. Es wurde so für gut befunden — *placuit* —, und das gegenüber einer Meinung, die eine schärfere Haftung — *sufficere* — wollte, und sicher aus dem Motiv der *sola utilitas* heraus wollte: Sonst hätte Justinian nicht so schroff die *utriusque utilitas* zur Begründung seiner Ansicht hervorgekehrt. Man wird also ein Schwanken der Theorie vor Justinian im Bezug auf die Interessenverteilung beim Pfandvertrage und demgemäss das Vorhandensein von Antinomieen bezüglich der Haftung des Pfandgläubigers vermuten dürfen. Ob erst Justinian die Entscheidung gab oder die Einigung schon früher erfolgte, bleibt sich gleich. Für das Letztere spricht vielleicht die Bescheidenheit der Fassung in § 4, die wohlthätig gegen die bekannten Hymnen auf „*nostra providentia*“ ²⁾ absticht. Jedenfalls war noch Diocletian entgegengesetzter Meinung, und seine c. 19 de pign. 8,13 (14) bildet, zusammengehalten mit c. 5 de act. pign. 4,24 von Alexander Severus, eine treffende Illustration zu unserer Auslegung des „*placuit sufficere*“.

c. 19 de pign. 8,13 (Diocletian 293)	c. 5 de act. pign. 4,24 (Alex. Severus 224)
<i>sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.</i>	<i>si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit, restituere id non cogitur: sed si culpa reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet.</i>

¹⁾ A. M. Pernice Labeo II S. 356 Anm. 45; vgl. aber auch das „sufficit“ in fr. 72 pro soc. 17,2 und dazu Pern. Lab. II S. 361.

²⁾ Vgl. § 16 (18) J. de obl. quae ex del. 4,1.

Die beiden Stellen bedürfen keines Kommentars!

Damit sind unsere Belege indes nicht erschöpft. Auch Ulpian findet die *utilitas* des Vertrages wesentlich auf Seiten des Gläubigers und verfißt demnach in fr. 13 § 1 de pign. act. 13,7 dessen *custodia*-Haftung, und zwar, was seinen Worten hier besonderes Gewicht giebt, in Anlehnung an das Kommodat:

*venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia: vis maior non venit*¹⁾).

Diese Thatsache vermag der Umstand nicht zu entkräften, dass derselbe Ulpian für die entgegengesetzte Auffassung eintritt in

fr. 5 § 2 comm. 13,6: *ubi utriusque utilitas vertitur, . . . ut in pignore . . ., et dolus et culpa praestatur;* und in

fr. 23 R. J: *dolum et culpam . . . pignori acceptum.*

Widersprüche sind bei dem vielschreibenden und oft anderen nachschreibenden Ulpian, wie wir schon mehrfach wahrnehmen mussten, häufig genug ²⁾).

Die Kulpahaftung vertritt ferner

fr. 14 de pign. act. 13,7: *ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur;*

fr. 34 de damn. inf. 39,2: *. . . potest dici etiam pigneraticia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.*

Vielleicht ist damit auch zusammenzubringen, dass nach fr. 12 § 2 de furt. 47,2 der Pfandschuldner neben dem bestohlenen Pfandgläubiger die *actio furti* hat. Es scheint das sagen zu wollen, der Pfandschuldner gehöre

¹⁾ Dass „ut in commodato“ zu „venit et custodia“ gehört, ist unabweislich. Vgl. Pern. Lab. II S. 285 Anm. 3 und fr. 3 § 5 comm. 13,6, wo dieselbe Beziehung zwischen Kommodat und Pfandvertrag wiederkehrt.

²⁾ Vgl. auch unten S. 109 und S. 122.

nicht, wie der Kommodant, zu denjenigen Sacheigenthümern, die mit der Contraktsklage ihre Sache verfolgen können, andersherum: der Pfandgläubiger habe nicht für *custodia* einzustehen. Doch kann man auf diesem Argument nicht festen Fuss fassen. Auch bei *custodia*-Haftung seines Gläubigers hätte der Pfandschuldner immer noch ein Interesse „*rem salvam esse*“ infolge der Eigenart des Pfandvertrages. Sein Credit wird ja durch die Entblössung des Gläubigers vom Pfande gefährdet ¹⁾.

Auf der andern Seite ist auch das Interesse des Pfandgläubigers nicht sowohl, wie beim Kommodatschuldner ²⁾, in der Restitutionspflicht zu suchen, als vielmehr in dem Verlangen nach Realsicherheit für seine Forderung ³⁾. Erst nachdem dieses Interesse durch Tilgung der Pfandschuld erledigt, wird der Pfandgläubiger dem Kommodatar vergleichbar, indem nunmehr auch er an der Wiedererlangung der gestohlenen Sache nur insofern Interesse hat, als er sie ihrem Eigenthümer restituieren muss ⁴⁾. Nur für diesen Fall also wäre die unbedingte Zuständigkeit der *actio furti* Beweis für *custodia*-Haftung. Da aber tritt fr. 14 § 6 de furt. 47,2 für das Gegentheil ein: . . . *nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero. quod, si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit.*

Für das *iudicium pigneraticium contrarium* sind wir

¹⁾ Vgl. § 4 J quibus modis re 3,14: „quo magis ei pecunia crederetur“.

²⁾ Vgl. fr. 60 (59) de furt. 47,2: „quia suum recepisset.“

³⁾ Vgl. § 4 J quibus modis re 3,14: „quo magis ei in tuto sit creditum.“

⁴⁾ Damit erledigt sich die Bruckner'sche Theorie („Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior“), wer die *actio furti* habe, hafte allemal für technische custodia.

ganz auf die schlecht stilisierten Betrachtungen angewiesen, die Julian und mit ihm African in fr. 62 (61) § 1—6 de furt. 47,2 anstellen. Direktere Quellenzeugnisse fehlen. Den Thatbestand für die Vergleichung der verschiedenen Obligationen auf ihr *iudicium contrarium* hin giebt der *servus* ab, der, als Vertragsobjekt tradiert, seinen neuen Herrn bestiehlt. Julian trennt. Entweder wusste der andere Contrahent um den diebischen Charakter, *scivit furem esse*: Dann trifft ihn *dolus*¹⁾. Oder er wusste nicht darum: ob er dann auch von *culpa* frei ist, wird sich gleich herausstellen.

In der Mitte stehen Kauf, Miete, Pfand. Für sie lautet die Entscheidung:

1) *scivit furem esse*: „*omnimodo damnum praestare cogendus est*,“ er haftet mit der *actio contraria* auf vollen Schadensersatz²⁾;

2) *ignoravit*: „*vel damnum decidere vel pro noxae deditione hominem relinquere cogitur*³⁾“. Julian greift auf die Noxalhaft zurück. Daraus ist zu schliessen, dass er den Herrn von eigener *culpa* frei wissen will.

Wie der kulpöse Pfandschuldner haftet, hören wir also nicht. Aber Julian würde das *pignus* nicht mit Kauf und Miete, sondern mit dem gleich darauf folgenden Kommodat auf eine Stufe stellen, fände er nicht die *utilitas* des Pfandvertrages ebenso wie bei jenen synallagmatischen Verträgen auf beiden Seiten. Denn das Utilitätsprinzip ist ihm für die Gruppierung leiten-

¹⁾ fr. 62 (61) § 5: *sicut . . . dolum eius, qui sciens retinuerit, puniendum esse dictum sit . .*

²⁾ § 3; und auch § 5: *sicut in superioribus contractibus venditione locatione pignore dolum . . . puniendum esse dictum sit*. Eine Ausnahme macht der Kauf: § 4.

³⁾ § 2; vgl. § 1: *. . . uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas*.

der Gedanke ¹⁾, Somit wären Julian's Angaben über das *iudicium contrarium* des Pfandvertrages dahin zu vervollständigen, dass der Pfandschuldner für *culpa levis* haftet.

Von dieser Linie zweigen nach rechts und links Verträge ab. Nach der einen Seite des Kommodat ²⁾, nach der anderen Depositum und Mandat, und dies leitet zur Betrachtung des vierten Realcontraktes über:

Depositum und Mandat bezwecken regelmässig die *sola utilitas* des Deponenten und Mandanten. Eine Haftungsschärfung ist deshalb hier geboten, und so kommt Julian zu dem Ausspruch: *omnimodo damnum praestari debere, . . etiamsi ignoraverit . .*. Da die Unkenntnis der Furtivität nach dem oben Gesagten völlige Schuldlosigkeit bedingt, so liegt hier augenscheinlich Haftungsschärfung auf *casus* vor. Aber bedeutsam setzt Julian hinzu: *nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret*: Das klingt ganz, als habe Julian eine neue und kühne Erweiterung der Haftpflicht in ein altbekanntes harmloses Gewand kleiden wollen! Das *iudicium directum* nützte ihm hier nichts: Handelt es sich doch um einen Schadensersatz, der dem Hauptschuldner gewährt werden soll. Zweckmässig war darum nur die Nutzbarmachung der *actio contraria* für das Utilitätsprinzip: *culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere* ³⁾.

¹⁾ Vgl. § 5: *quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa suscepit . . .* und § 6.

²⁾ § 6 eod. vgl. oben S. 82 Anm. 2.

³⁾ Es handelt sich also nicht, wie Pern. Lab. II. S. 318 will, um eine „Besonderheit“, sondern um die Durchstossung des Prinzips durch das *iudicium contrarium*.

Das *iudicium directum* des Hinterlegungsvertrages fügt sich nicht nur dem Utilitätsprinzip willig ein, es wird auch geradezu daraus hergeleitet:

fr. 5 § 2 comm. 13,6: *nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus . . .*

Dasselbe lässt sich von der Schenkung ¹⁾ leider nicht behaupten: Der Schenker hat zwar keinen Vorteil, die Schenkung macht ihn ärmer ²⁾, und er haftet danach auch nur für *culpa lata*. Indessen wird das mit dem Utilitätsprinzip nie ausdrücklich in Verbindung gebracht.

Bei den Innominatrealverträgen lässt die Freiheit und Zwanglosigkeit der juristischen Form der wirtschaftlichen Inhaltgebung grossen Spielraum. Das Interesse am Verträge kann auf beiden Seiten gleichmässig verteilt sein, es kann auch überwiegend auf den einen Contrahenten sich concentrieren. Das Utilitätsprinzip hat deshalb hier, wenn anders es zu Recht besteht, jeweils Anlass zur Bethätigung.

1. Vom Trödelvertrage wissen wir bereits, in welcher Weise ihn Ulpian derartigen Gesichtspunkten unterstellt ³⁾: Den Trödler trifft die Gefahr des Zufalls ausschliesslich dann, wenn er das Geschäft in seinem Interesse veranlasste. Der Fall der „*sola utilitas*“ wird also jedenfalls von dem der „*utriusque utilitas*“ getrennt.

2. Im Bezug auf die *res inspicienda data* folgt Ulpian denselben Intentionen in fr. 20 § 2 de praescr. verb. 19,5.

¹⁾ Soweit sie Stipulation ist, s. oben S. 80.

²⁾ Vergl. fr. 5 § 8 de donat. i. v. et u: . . quae et donantem pauperiorem . . faciet.

³⁾ Vergl. oben S. 68.

Ein Ausspruch von bemerkenswerter Beweiskraft! Der casuelle Untergang des Silberzeugs auf dem Rücktransporte ist deshalb Schade des *vascularius*, „*quia eius quoque causa sit missum*“. Der Gedanke stellt sich, von seiner Kehrseite gesehen, so dar: Erfolgte die Besichtigung der Kaufsache nicht auch im Interesse des *vascularius*, sondern nur in dem des Gegencontrahenten, so träfe diesen der Untergang. Labeo indess macht eine höchst auffällige Einschränkung: Die *culpa* der Gehilfen nimmt er aus dem Gebiete der *custodia*-Haftung heraus, um sie auch bei *utriusque utilitas* der Haftung zu unterstellen. Man darf dabei dem Haftpflichtigen keine *culpa ipsius* suggerieren wollen ¹⁾: Die ganze Erörterung basiert ja auf der Voraussetzung, dass der Unfall „*sine dolo malo et culpa tua*“ sich ereignete. Es ist das meines Wissens in den Quellen der einzige und unerklärliche Fall, wo die *culpa* der Gehilfen aus der Reihe der übrigen *casus* ausgeschieden und in ihren Folgen der *culpa* des Schuldners selbst parallel gestellt wird ²⁾.

Nicht ganz so schlagend ist der Beleg, den fr. 10 § 1 comm. 13,6 für die *custodia*-Haftung des „*inspector*“ enthält:

Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem.

An die Haftung für *dolus* reiht Ulpian unmittelbar „*et custodiam*“. Unverkennbar legt das die Vermutung

¹⁾ Wie Goldschmidt, Ztschr. f. H.-R. XVI S. 317 verlangt.

²⁾ Das „*custodiendum*“ darf nicht zu dem Gedanken an technische *custodia* verleiten. Das wäre die Position der unmittelbar vorhergehenden Negation, und Labeo will mit „*certe*“ doch nur einschränken.

nahe, „*custodia*“ sei als *diligentia in custodiendo* gedacht. Allein, spricht dagegen schon das Heranziehen des Kommodats als eines Analogon und die unbeschränkte Zuständigkeit der *actio furti* ¹⁾, so klärt vollends fr. 79 (78) de furt. 47,2 den Text, wonach der *inspector* zuweilen — *si!* — die Gefahr der Sache trägt und nur dann die *actio furti* unbeschränkt hat. Das „*aeque culpam*“ des Schlusssatzes von fr. 10 § 1 cit. kann sich somit im Sinne Ulpian's nur auf die *culpa* des Gehilfen beziehen. Dass hierzu die eingeklemmten Worte des Paulus wie die Faust aufs Auge passen, müssen wir einstweilen hinnehmen ²⁾.

3. Für die „*res peritioribus ostendenda*“ haben wir gleichfalls von Ulpian ein Zeugnis von durchsichtiger Klarheit:

fr. 17 § 4 de praescr. verb. 19,5: *Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.*

Inhalt des Innominatvertrages ist das *do ut ostendas*: Daran aber hat das überwiegende Interesse der Kauflustige.

Von Ulpian stammt endlich auch

4. fr. 11 pr. R. C. 12,1 — eine Säule unsrer Theorie! Eine Wertsache ist zum Verkauf übergeben, *ut alter pretio uteretur*. Das ist noch kein Darlehn; dies wird es erst mit dem Einstreichen des Kaufgeldes: *si venderis, puto mutuum pecuniam factam*. Bis dahin ist es aber auch kein Mandat, weil der Empfänger nur das Recht, nicht die Pflicht zum Verkauf hat ³⁾, und auch

¹⁾ „et ideo furti habebit actionem“ ohne Einschränkung!

²⁾ Davon unten § 10, S. 122 und S. 123.

³⁾ vgl. Windsch. Pand. II § 383 Anm. 5.

kein Trödelvertrag, weil die *res* nicht ästimiert gegeben wird, eventuell also der ganze Kaufpreis als Darlehn zurückzuerstatten ist: Es ist Innominatcontract 1). Die Sache ging vor dem Verkaufe casuell zu Grunde: Da schliesst Ulpian sich folgender Unterscheidung des Nerva als einer „*verissima distinctio*“ an:

1) *si venalem habui* (sc. *rem*), d. h. es kam auch mir auf den Verkauf an, das Interesse war also auf beiden Seiten: *mihi perit*, denn der andre hat nur *culpa* zu vertreten;

2) *quodsi causa fuit, ut tu uteris*, dann trägt der Empfänger die Gefahr der Sache, *tibi eam perisse*, denn er hatte

a. entweder das überwiegende Interesse am Vertrage — wenn der Geber wenigstens den Nutzen des Zinsgewinns haben will,

b. oder sogar das ausschliessliche Interesse, wenn der Geber auch auf den Zinsgewinn verzichtet. Dann haftet er erst recht, „*et maxime*“! 2)

So hätten wir denn Ulpian auf die Utilitätstheorie festgenagelt, liesse er sich nicht abermals eine Prävarikation in fr. 17 § 2 i. f. praescr. verb. 19,5 zu Schulden kommen:

... *secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*

Und das sagt er im 28. Buche *ad edictum*, nachdem er sich im 26. die „*verissima distinctio*“ des Nerva angeeignet hat!

1) vgl. Windsch. Pand. II § 383 Anm. 5.

2) vgl. auch fr. 4 pr. i. f. de R. C. 12,1: . . . nam et qui vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.

Ich wende mich zu den Consensualverträgen: Hier spielt die *custodia* gemäss Haftungssystem eine bescheidene Rolle. Denn bei den drei synallagmatischen Verträgen hält Leistung mit Leistung, Interesse mit Interesse das Gleichgewicht. Das Utilitätsprinzip kann also nur zu beiderseitiger Verantwortlichkeit für *culpa levis* führen; „*nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi*“ sagt Alfén im Hinblick auf den *conductor operis* ¹⁾. In diesen Worten ist zwar „nur ein Teil der Regel ausgesprochen, und zwar der nächstliegende“ ²⁾, aber höchst wahrscheinlich doch schon mit Bewusstsein als ein Teil der Regel ³⁾. Liess sich doch der ergänzende Teil der Regel, die *custodia*-Haftung des Kommodatars, bis auf Cartilius ⁴⁾, d. h. jedenfalls bis über Proculus hinaus ⁵⁾ zurückverfolgen!

Begreiflich also, dass die *custodia*-Haftung des *nauta*, des *horrearius*, des *conductor operis* als eine Ausnahme von der regelrechten Haftung galt ⁶⁾. Sie wuchs ja aus einem ganz andren Prinzip heraus; der Utilitätsgedanke konnte bei Miete und Werkverdingung gleichmässig nur auf *culpa-levis*-Haftung hinführen. Dem Mieter wurde deshalb die *actio furti* auch nur gegeben, *si modo culpa eius subrepta sit res* ⁷⁾.

Im Kaufvertrag erscheint zwar das Utilitätsprinzip ⁸⁾, aber stark verblasst: Der Käufer trägt das *periculum*,

¹⁾ fr. 31 i. f. loc. 19,2 Vgl. oben S. 42 f.

²⁾ Pern. Lab. II S. 279 Anm. 59.

³⁾ A. M. Pern. ibid.

⁴⁾ fr. 5 § 13 comm. 13,6. Vgl. oben S. 88.

⁵⁾ vgl. fr. 70 de hered. instit. 28,5.

⁶⁾ vgl. fr. 3 § 1 naut. caup. 4,9.

⁷⁾ fr. 14 § 12 de furt. 47,2.

⁸⁾ Vgl. namentlich fr. 5 § 2 comm. 13,6: *sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto . . . et dolus et culpa praestatur*. Ferner fr. 23 R. J.; fr. 35 § 4 de contr. empt. 18,1.

der Verkäufer haftet ädilicisch auch bei eigener Schuldlosigkeit. Beides ist indess bekanntermassen nicht Ausfluss eines ausserhalb des Kaufvertrages liegenden und mit dem Utilitätsgedanken unvereinbaren Grundsatzes, sondern dankt seine Entstehung der Eigenart des Kaufs. Noch dazu wird die Gefahrtragung durch den Käufer als eine Anomalie empfunden, die man gern umgeht, indem man den Verkäufer ausdrücklich zu technischer *custodia* verpflichtet ¹⁾.

Die *custodia* hat aber beim Kauf noch eine andere Aufgabe zu erfüllen, welche mit dem Utilitätsschema nichts gemein hat, jedoch in Parenthese hier kurz angegeben sei: Bei Genuskauf und *emptio ad mensuram* liegt dem Verkäufer ein *admetiri* ob; er trägt bis dahin die Gefahr: *priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit* ²⁾. Das ist indessen nicht genau. Die Quellen legen vielmehr dem Verkäufer vor dem *admetiri* nur *custodia* auf, sodass er durch höhere Gewalt befreit wird. Zwar scheint Ulpian in fr. 1 § 1 de per. et comm. 18,6 „*custodia*“ kurzer Hand mit „*periculum*“ zu identifizieren ³⁾. Wie dies aber zu verstehen sei, lehrt fr. 2 § 1 und fr. 3 eod:

Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum. Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus

¹⁾ Vgl. oben S. 74.

²⁾ fr. 1 § 1 h. t. 18,6.

³⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 359 Anm. 53.

res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet ¹⁾ ²⁾).

Dass aber diese *custodia*, wie überall sonst, in erster Linie den Schutz gegen Diebstahl bezweckt, hören wir in l. 15 (14) § 1 eod. Hier liegt das „*admetiri*“ im Bezeichnen der Balken.

In schärferen Linien als beim Kaufvertrage prägt sich die *utriusque utilitas* in der *societas* ab. Hier bildet der beiderseitige Nutzen so sehr auch juristisch das Fundament des Vertrages, dass die Gewinnteilung *essentiale negotii* ist. Damit harmoniert recht gut, auch wenn man von der Erwähnung der Gesellschaft in fr. 5 § 2 comm. 13,6 absieht, dass die *socii* sich gegenseitig für *culpa in concreto* einzustehen haben. Denn die *diligentia quam suis* muss man als Unterart und bewusste spätere Abzweigung von der *diligentia diligentis* auffassen ³⁾. Nur wird weiter in den Quellen der Zusammenhang zwischen Haftung und Vorteilsverteilung nicht betont — man müsste denn eine Hindeutung hierauf aus der heillosen l. 52 § 2 pro soc. 17,2 herausfinden wollen, wo Celsus gewisse Gesellschafter, die *artem operamve* versprochen, nicht nur *dolus*, wie andere meinten, sondern „*etiam culpa*“ prästieren lässt mit der Begründung: „*pretium enim operae artis[ve] est velamentum*“ ⁴⁾. Vielleicht steckt darin nämlich der Gedanke ⁵⁾, als Vergütung *operae*

¹⁾ Es ist sehr unwahrscheinlich, dass fr. 3 nicht vom Kaufe *ad mensuram* zu verstehen sei: Pern. Lab. II S. 359, Anm. 53.

²⁾ Baron, „Die Haftung bis zur höheren Gewalt“, im Arch. f. civ. Pr. LXXVIII § 8 betont den Gegensatz dieses Falles von *custodia* zu allen übrigen: Es handelt sich hier um *custodia* bezüglich eigener Sachen, nicht um *res alienae*.

³⁾ Das weist Pern. Lab. II S. 361 ff. nach.

⁴⁾ Ist statt „*velamentum*“ vielleicht „*emolumentum*“ zu lesen?

⁵⁾ So Pern. Lab. II S. 299 Anm. 2. a. E.

artifice empfangen jene Gesellschafter ja ihre Naturalleistung.

Und nun zum letzten und widerstrebendsten der Consensualverträge, dem Mandat. Mandatar und *negotiorum gestor* handeln gemeinhin ebenso uneigennützig wie der Depositär, ihre Haftpflicht müsste also analog sein. Wirklich rückt Julian das *iudicium contrarium* von Mandat und Depositum in eine Linie, wie es scheint in der Absicht, hier eine Kasushaftung zu statuieren ¹⁾. Indessen haben Mandatar und *negot. gestor culpa levis* zu vertreten und werden von Ulpian in seinem Utilitätsschema einfach übergangen ²⁾. Wo bleibt da der Utilitätsgedanke?!

Die Haftpflicht des Mandatars hat manche Erklärungsversuche gezeitigt — leider nicht bei den römischen Juristen. Sie waren sich jedenfalls über den Grund ebenso wie über das Maass der Haftung völlig einig ³⁾, wenngleich auch da dunkle Punkte nicht fehlen ⁴⁾. Verfehlt ist der zuerst von Donellus gemachte und von Windscheid wiederaufgenommene Erklärungsversuch ⁵⁾, in dem Versprechen, etwas für einen andern „besorgen“ zu wollen, liege stillschweigend das Versprechen eigener „Sorgfalt“. So kann man auch vom Depositär deducieren ⁶⁾. Es ist auch nichts mit dem „Repräsentativcharakter“ des Mandats, den Hasse in phrasenhaftem Wortschwall predigte ⁷⁾. Das weist Ubbelohde nach ⁸⁾.

¹⁾ fr. 62 § 5 de furt. 47,2.

²⁾ fr. 5 § 2 comm. 13,6.

³⁾ Vgl. Ubbelohde, Ztschr. f. H.-R. VII S. 226.

⁴⁾ Das sind Stellen, welche die Haftung des Mandatars auf culpa lata beschränken: fr. 8 § 10 mand. 17,1; coll. leg. Mos. X, 2.

⁵⁾ Pand. II § 410 Anm. 4.

⁶⁾ So schon Hasse, S. 368 gegen Donellus.

⁷⁾ Vgl. Ubbel. a. a. O. S. 227.

⁸⁾ ibid.

Immerhin scheint mir das der richtige Ausgangspunkt, die Haftpflicht des Mandatars auf die Eigenart des Vertrages zurückzuführen. Verträge kommen durch *consensus* zustande und werden durch *contrarius consensus* gelöst. Sehen wir uns hierauf das Mandat an, so gewahren wir, wie es aus diesen Grundlinien des römischen Contraktensystems völlig herausweicht. Der Mandatar kann durch einseitige *tempestive* abgegebene Erklärung seine Verpflichtungen abschütteln, und mit diesem freien Kündigungsrecht nimmt die Kategorie des Mandats eine völlig isolierte Stellung ein¹⁾. Es ist nun sehr gut möglich, dass zwischen dieser exorbitanten Bewegungsfreiheit und der strengen Haftung des Mandatars eine Beziehung obwaltet, indem das Eine von den römischen Juristen als Aequivalent des Anderen gedacht wird, und wirklich klingt das, wenn nicht alles trügt, aus Paulus' Worten in fr. 22 § 11 mand. 17,1 heraus: Für den kulpos unterlassenen Einkauf haftet der Mandatar nur, *nisi „renuntiaverit se non empturum“*; er kann also seiner Haftpflicht durch Aufkündigung des Mandats vorbeugen. Mag man auch hieraus nicht folgern wollen, dass sich Rücktrittsfreiheit und Haftpflicht zu einander verhalten wie Ursache und Wirkung, so ergibt sich aus jenen Worten zum mindesten doch die umgekehrte Beziehung zwischen beiden, sodass die Haftpflicht das Primäre bleibt. Aber dies sagt bereits genug: Es sagt, dass die Kulpahaftung des Mandatars auch nach römischer Auffassung eine Besonderheit bildet, die in dem Recht der freien Kündigung ein billiges Gegengewicht erhält.

Für die *negot. gestio* ist damit nichts gewonnen. Hier aber führt höchstwahrscheinlich fr. 54 (53) § 3 de furt. 47,2 auf die richtige Spur. Die *actio furti*

¹⁾ Vgl. Windsch. Pand. II § 404 Anm. 3.

wird dem versagt, *qui alienis negotiis gerendis se obtulit*, und damit derjenige *tutor* zusammengestellt, der für *omnis diligentia* aufkommt, „*veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisfactione solus administrationem suscepit*“.

Als roter Faden zieht sich der Gedanke hindurch: Beide haben sich zur Geschäftsführung hinzuge-drängt. Zugleich wird aber aus diesem „*se offerre*“ auch die Haftungssteigerung beim *tutor* hergeleitet. Das legt den parallelen Gedanken unendlich nahe, auch die Verantwortlichkeit des *negot. gestor* für *culpa levis* werde nach römischer Auffassung durch das „*se offerre alienis negotiis*“ bedingt. Und darin kann uns nur bestärken die Wahrnehmung, dass die haftungsschärfende Kraft des „*se offerre*“ auch sonst in den Quellen anerkannt ist ¹⁾.

Mandat und *negot. gestio* ständen also dem Utilitätsprinzip nicht allzusehr im Wege. Beide Male erscheint der Haftungsgrad als etwas Apartes. Anders bei der eng verwandten ²⁾ Tutel. Auch der *tutor* hätte regelrecht nur *culpa lata* zu vertreten. Mit dem „*se offerre*“ kann hier nicht operiert werden. Denn dieses bewirkt, wie wir soeben sahen, eine Steigerung der Haftpflicht des Tutors bis auf *culpa levis*, erklärt somit nicht dessen gewöhnliche Verantwortlichkeit für *culpa in concreto*. Freilich finden sich mehrfach Rettung winkende Quellenstellen: So ist die *accusatio suspecti* nur angängig bei *dolus* und *culpa lata* des Vormundes ³⁾; so hält der Prätor aufrecht, *quod „sine dolo malo gestum est a tutore“* ⁴⁾;

¹⁾ z. B. für das depositum: fr. 1 § 35 dep. 16,3.

²⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 304.

³⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 297 und fr. 7 § 1 de susp. tut. 26,10.

⁴⁾ fr. 3 pr. de adm. et per. tut. 26,7.

so soll — und das ist das allerauffälligste ¹⁾ — der *tutor* beim Ankauf von Grundstücken nur *culpa lata* vermeiden ²⁾, und gerade in Grundstücken musste das Mündelgeld angelegt werden ³⁾. Der Ankauf von solchen gehörte also zu den vornehmsten Pflichten des Vormundes! Allein wie dem auch sein mag, eine Begründung des Haftungsgrades wird nie gegeben ⁴⁾, auf das Utilitätssystem weist nicht die leiseste Andeutung hin: Dafür bleibt die Tutel entgültig verloren.

Näher steht dem Utilitätsprinzip die *Dos*. Inwiefern die Hingabe von Fungibilien und ästimierten Sachen die Haftpflicht des Ehemannes beeinflusst, ist dargestellt. Im übrigen wird man festhalten müssen, dass die Mitgiftbestellung den Interessen der Frau ebensowohl dient, wie denen des Mannes ⁵⁾. Sie ist keineswegs eine Liberalität, vielmehr ein Aequivalent *pro oneribus matrimonii* ⁶⁾. Die Kulpahaftung des Ehemannes, mag dies *culpa levis* oder *culpa in concreto* sein ⁷⁾, rechtfertigt sich deshalb sehr wohl aus dem Utilitätsgedanken, und das bestätigt fr. 17 pr. de iure dot. 23,3:

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet ⁸⁾.

¹⁾ Vgl. Windsch. Pand. II § 438 Anm. 6.

²⁾ fr. 7 § 2 eod.

³⁾ Vgl. fr. 3 § 2 eod.

⁴⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 364.

⁵⁾ Vgl. Windsch. Pand. II § 495 Anm. 9; fr. 5 § 2 comm. 13,6: utriusque utilitas . . . ut in dote.

⁶⁾ Vgl. Windsch. Pand. II § 492 Anm. 4.

⁷⁾ Das steht nicht klar zu Tage. Vgl. Pern. Lab. II S. 308 und fr. 18 pr. comm. 13,6 und dazu oben S. 85.

⁸⁾ Man könnte darin ein „et“ hinter quia vermissen. Aber zur Frage steht nicht, ob er den Vorteil allein hat oder nur „auch“, sonderu ob er überhaupt keinen Vorteil hat oder doch. Darauf weist das „tam dolum quam culpam“ hin.

Ein Blick aufs Erbrecht endlich — und damit eilen wir zum Schluss — zeigt uns, wie auch hier das Utilitätsprinzip sich Bahn gebrochen hat. Für die *bf.*-Obligationen aus letztwilliger Verfügung giebt African in der bekannten l. 108 § 12 de leg. I das Leitmotiv an.

Cum quid tibi legatum fideiue tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur etc.

Es ist nicht überflüssig zu betonen, dass das „*fidei committere*“ in diesem Zusammenhang, wie das auch sonst vorkommt ¹⁾, gleich „*fideicommissum dare*“ gefasst werden muss: Es handelt sich um ein Untervermächt-
nis, einem Legatar oder Fideikommissar auferlegt, und zwar ein Nachfideikommiss, denn „*a legatario legari non potest*“ ²⁾. Dafür drei Argumente:

1) ist es an sich unwahrscheinlich, dass Legatar und Fiduciar bei ihrer heterogenen Rechtsstellung mit „*ve*“ in enge Verbindung gebracht, als gleichwertig behandelt werden;

2) passt das „*si quidem nihil praeterea capias*“ sehr gut auf Legatar und Fideikommissar, nicht aber auf den Fiduciar, der seit dem S. C. Pegasianum die Falcidische Quart hatte;

3) treiben Fiduciare Legate nicht von einem Dritten ein, das „*exigendo eo legato*“ gilt nur von dem, der mit einem Vermächtnis bedacht ist.

Es ist demnach nicht zu billigen, wenn Pernice in African's Worten die allmähliche Ablösung der Vermächtnisklage von den *stricti iuris actiones* ausgesprochen findet ³⁾. Mit der strengrechtlichen Ver-

¹⁾ Vgl. fr. 28 de adim. vel transf. leg. 34,4.

²⁾ Vgl. Puchta, Inst. II § 321 Anm. ff.

³⁾ Pern. Lab. II S. 279.

mächtnisklage beschäftigt African sich gar nicht, wie er denn auch zum Vergleich die *bf.*-Contrakte heranzieht. Der „*ego*“, dem das Vermächtnis restituiert werden soll, verfolgt seinen Anspruch im Wege der *extraordinaria cognitio* ¹⁾.

Warum aber, bei solcher Sachlage, African den Hauptfall der *bf.*-Obligationen aus der Vermächtnislehre, die Verpflichtung des Erben gegenüber dem Fideikommissar ganz unberücksichtigt lässt, ist leicht verständlich. Hier war ja die Utilitätsfrage von vornherein entschieden. Der Erbe hatte seit dem *Pegasianum* die Quart, der andere das Vermächtnis, der Vorteil war also stets auf beiden Seiten, weshalb der Erbe immer für *omnis diligentia* aufkommen muss ²⁾.

Unbestritten bleibt die Herrschaft des Utilitätsprinzips freilich auch im Erbrecht nicht. Ulpian schwenkt in fr. 23 (22) § 3 ad. S. C. Treb. 36,1 wieder einmal ab und lässt den Universalfiduciar für *culpa lata* haften, trotzdem ihm die Trebellianische Quart zufällt.

§ 10.

Und was ist nun das Ziel, zu dem die weite Wanderung durch das Obligationensystem hindurch führt? Wir trafen sie alle auf unserm Wege, abseits hielt sich nur eine Obligation, die Tutel. Durch das ganze Gebiet der *bf.*-Judicien hat also jedenfalls das

¹⁾ Vgl. fr. 56 (54) pr. ad S. C. Treb.: „*verbis enim fidei commissi bonam fidem inesse constat*“.

²⁾ Vgl. fr. 47 § 4 und 5 de leg. I: „*et diligentia*“. Die Stelle geht auf das Fideikommiss, nicht auf das Legat, denn aus der *actio ex testamento* wurde wie *ex stipulatu* nur für *culpa in faciendo* gehaftet. Vgl. oben S. 80.

Utilitätsprinzip seinen Siegeszug nicht gehalten. Aber auch innerhalb der Rechtsverhältnisse, die es in seinen Bannkreis zog, erhebt sich manche Stimme dagegen. Ist auch hier, wie bei der *custodia*-Haftung des *conductor operis*, die Wahrheit in einer Rechtsentwicklung zu suchen, in einer Rechtsentwicklung, die selbständig neben jener anderen hergeht? Das scheint in der That so.

Die *custodia*-Haftung des Kommodatars ist bereits den republikanischen Juristen geläufig. Ulpian erwähnt in fr. 5 comm. die „*veteres*“ mehrere Male ¹⁾ und macht Caelius ²⁾ und Labeo ³⁾ namhaft. Mit dem Utilitätsgedanken wird dort freilich die *custodia* nicht in Verbindung gebracht. Möglich deshalb, dass das Utilitätssystem nur einer Schematisierung bestehenden Rechts sein Dasein verdankt ⁴⁾. Später trat es jedenfalls in so enge Beziehung zur Praxis, dass es bei den Juristen Leitmotiv für die Kasuistik der vielgestaltigen Innominatverträge wurde ⁵⁾. Immerhin hantiert wahrscheinlich schon Alfen oder gar Servius mit der „*utriusque utilitas*“ ⁶⁾, und danach wäre das Utilitätsprinzip ebenfalls ein Zeitgenosse der „*veteres*“.

Den schwankenden Boden der Hypothese verlassen wir indess, sobald wir uns den beiden Schulen zuwenden. Das Utilitätsproblem ist in den Kampf der Meinungen nicht hineingezogen worden. Aus beiden Lagern haben wir Zeugnisse für unser Haftungssystem. Vor allem Nerva in seiner unschätzbaren l. 11 pr. de R. C. Wer im Zwange der Notwehr versucht ist, die

¹⁾ fr. 5 § 6, fr. 5 § 9.

²⁾ fr. 5 § 13 eod.

³⁾ fr. 5 § 14 eod.

⁴⁾ Vgl. Pern. Lab. II S. 282.

⁵⁾ Vgl. namentlich fr. 11 pr. de R. C.: „*verissima distinctio*“.

⁶⁾ fr. 31 i. f. loc. 19,2. Vielleicht aber spricht dort Paulus.

„*distinctio*“ dahinein zu verlegen, ob das Rechtsgeschäft kaufähnlich, ob es dahrlehnsähnlich sei, wird durch das „*et maxime*“ geschlagen. Da tritt die *sola utilitas* als Haftungsgrund mit greifbarer Deutlichkeit hervor. Zu Unrecht spricht somit Pernice Julian die Urhebererschaft des Utilitätsschemas zu ¹⁾. Die Wurzeln dieses „fruchtbaren Gedankens“ reichen viel tiefer. Julian nimmt nur die Arbeit seiner Vorgänger auf. Ihm danken wir die Ausdehnung des Schemas auf die *iudicia contraria* ²⁾. Dabei zeigt er Spuren von Engherzigkeit. Er schränkt die *actio furti* ein ³⁾ und verweist die Sachbeschädigung unter die *vis maior* ⁴⁾. In diesem Zusammenhang muss auch das Rätsel der l. 20 comm. sich lösen. Auf Julian bauen African und Pomponius weiter, jener, indem er die Fideikomnisse dem Utilitätsprinzip einfügt ⁵⁾, dieser, indem er zur höheren Gewalt den inneren Verderb gesellt ⁶⁾.

Gaius vertritt sehr energisch die *custodia*-Haftung des Kommodatars ⁷⁾ und entwickelt sie nach dem Gesichtspunkte der *utilitas* ⁸⁾; aber wir beobachten eine interessante Unterströmung: Wie er vom *nauta* sagt, er sei „*culpae aliquatenus reus*“ ⁹⁾, wie er dem Transportunternehmer, der seine Verpflichtung zur *custodia* nicht wahrnahm, *culpa* unterschiebt ¹⁰⁾, so stellt Gaius sich auch hier mit Nachdruck auf den Standpunkt der subjektiven

¹⁾ Lab. II S. 279, 282 ff.

²⁾ Vgl. fr. 62 (61) § 1—6 de furt. 47,2.

³⁾ fr. 14 § 10 de furt. 47,2.

⁴⁾ fr. 19 comm. 13,6.

⁵⁾ fr. 108 § 12 de leg. I.

⁶⁾ fr. 23 comm. 13,6.

⁷⁾ § 16 (18) J de obl. quae ex del. 4,1.

⁸⁾ fr. 18 pr. comm. 13,6.

⁹⁾ fr. 5 § 6 de O et A.

¹⁰⁾ fr. 25 § 7 loc. 19,2.

vis maior: Alles, was die höchste noch denkbare Dili-
genz jenseits der *diligentia diligentis* abwehren kann,
wird von der *custodia*-Haftung gedeckt ¹⁾. Es ist un-
leugbar: Der Begriff der *vis maior* erscheint hier recht
ausgeweitet, die *vis maior* ergreift von einem grossen
Teil des Kasusgebiets Besitz; aber ebenso gewiss ist,
dass die „*custodia*“ des Gaius jenseits der *diligentia*
liegt: Er stellt den Verkäufer mit dem Kommodatar ²⁾,
den Kommodatar mit dem *fullo* ³⁾, den *fullo* aber mit
dem *nauta* gleich ⁴⁾. Es ist darum unzutreffend, mit
Pernice von einer Verschmelzung der *custodia* und
der *diligentia* in Hadrian'scher Zeit zu reden ⁵⁾, am
wenigsten zutreffend, diese Verschmelzung schon bei
Julian zu entdecken: Danach würde doch Julian
dem Kommodatar Kulpahaftung auferlegen und so dem-
selben Utilitätsschema den Tod geben, das er angeblich
ins Leben rief!

Gaius' grosse Subjektivität scheint allerdings ver-
hängnisvoll gewirkt zu haben. Nach ihm beginnt der
Zwiespalt der Ueberlieferung, das Schwanken zwischen
Anerkennung und Verneinung — mit einem Wort: der
Rückschritt des Utilitätsprinzips.

Papinian springt noch dafür ein ⁶⁾; schwierig
aber, wenn nicht ganz unmöglich ist es, Ulpian's Auf-
fassung zu ergründen. Man möchte vielleicht die Unzu-
länglichkeit der ganzen Utilitätstheorie durch den Hin-

¹⁾ Vgl. fr. 18 pr. comm. 13,6; fr. 2 § 1 de per. et comm.
18,6; fr. 1 § 4 de O et A.

²⁾ fr. 2 § 1 de per. et comm. 18,6.

³⁾ § 16 (18) J de obl. quae ex del. 4,1.

⁴⁾ fr. 5 pr. nautae caup. 4,9.

⁵⁾ So Pern. Lab. II S. 359.

⁶⁾ fr. 79 de furt. 47,2. Deshalb kann auch fr. 17 § 2 de
praescr. verb. nicht auf ihn zurückgeführt werden. A. M.
Pern. Lab. II S. 282 Anm. 5.

weis auf das Dilemma beleuchten, in das ich bei Ulpian gerate. Man wird sich gegen die technische *custodia* mit dem Argument wenden, ihre Anerkennung zwinge z. B. dazu, Ulpian in fr. 17 § 1 de praescr. verb. 19,5 für die Utilitätstheorie, in § 2 eod. dagegen, in § 4 eod. wieder dafür sprechen zu lassen. Demgegenüber sehe ich ab von all' den Quellenstellen, deren Beweiskraft sich auf die immerhin missverständlichen Ausdrücke „*custodia*“ und „*vis maior*“ stützte, und verweise nur auf den Widerspruch zwischen fr. 11 pr. de R. C. und fr. 17 § 2 de praescr. verb. 19,5: Dort die nicht wegzubringende „*distinctio*“ im Anschluss an Nerva, hier das ebenso unrettbare „*periculum non*“ — beides von Ulpian! Er hat also entweder seine Ansicht geändert oder kritiklos Gedanken früherer Juristen sich in die Feder fließen lassen. Vielleicht nahm er dabei die *custodia*, die seine Vorgänger technisch aufgefasst hatten, als *diligentia in custodiendo* hin: Dafür lässt sich geltend machen, dass er die Haftpflicht des Kommodatars mit der des Mieters und Pfandgläubigers kongruent findet ¹⁾, dass er in fr. 5 § 5 comm. von „*custodia diligens*“ spricht, dass er an die Haftung für *dolus* unmittelbar „*et custodia*“ anschliesst ²⁾. Dann aber ist wiederum unbegreiflich, wie er dazu kommt, *custodia* mit *periculum* ³⁾ und andererseits *vis maior* mit *casus* ⁴⁾ zu identifizieren. Genug, ein *ignorabimus* ist immer das Ergebnis.

Nicht besser steht es mit Paulus: Mit fr. 11 comm. ist nichts anzufangen; der Ausspruch ist aus seinem Zusammenhang herausgerissen und deshalb nicht

¹⁾ Vgl. fr. 14 § 14 u. § 16 de furt. 47,2.

²⁾ fr. 10 § 1 comm.

³⁾ fr. 1 § 1 de per. et comm. 18,6.

⁴⁾ fr. 5 § 4 comm; fr. 13 § 1 de pign. act. 13,7; fr 17 § 4 de praescr. verb. 19,5 u. s. w.

zu würdigen. Für die Dos proklamiert fr. 17 de iure dot. 23,3 das Utilitätsprinzip. Soviel wissen wir ferner, dass Paulus den Kommodatar wenigstens für *furtum* immer eintreten lässt¹⁾. Das ist uns ein Fingerzeig dafür, welchen Weg die Entwicklung genommen hat. Modestinus nämlich verteidigt in der coll. leg. Mos. X, 2 mit Eifer das Utilitätsprinzip und sucht damit in Einklang zu bringen, dass der Kommodatar nur für *culpa levis* haftet, „*quia utriusque contrahentis utilitas intervenierit*“. Dann aber heisst es in Bezug auf die *actio furti*: „*is vero, cui res commodata sit, furti experiri debet, si modo solvendo fuerit*“. Daraus ist abzunehmen, dass, wenn der Kommodatar auch im allgemeinen nur für *culpa levis* haftet, er doch für *furtum* immer aufzukommen hat, *si modo solvendo fuerit*.

Mit anderen Worten: Zu Modestinus' Zeit scheint *custodia* und *culpa* in einander geflossen zu sein. Indessen, technische *custodia* war doch das Ursprüngliche; denn noch besteht ein Bruchstück davon, die unbedingte Haftpflicht für Diebstahl, und auch das Utilitätsprinzip ist im Bewusstsein des Juristen noch lebendig.

Und genau so sieht die Sache bei Justinian und den Compilatoren aus: Das Utilitätsprinzip ist nicht abgestorben, das beweist § 4 J *quibus modis re* 3,14, wonach die *utriusque utilitas* des Pfandvertrages die Wirkung hat, die Haftung auf *culpa levis* zu beschränken („*sufficere*“). Aber die Theorie ist flügel-lahm geworden; der Kommodatar haftet nur noch für Verschulden, *custodia* und *diligentia in custodiendo* sind eins. So kommen die Compilatoren dazu, ganz heterogene Quellenzeugnisse mit einander zu verbinden, wie fr. 10 § 1 mit fr. 11 comm., fr. 13 § 1 mit fr. 14 de pign. act. 13,7. Nur die unbedingte Verantwortlichkeit

¹⁾ fr. 28 de act. rer. am. 25,2.

des Kommodatars für *furtum*¹⁾ gemahnt noch an die Konsequenz des Rechtsbewusstseins vergangener Zeiten. Gaius' subjektive *custodia*-Theorie wird nicht mehr verstanden, ja sie war vielleicht gerade der Stein des Anstosses zu solcher Rückentwicklung. Denn die treffenden Worte, die er zur Charakteristik jener gesteigertsten Oblhut mit Vorliebe verwendet: „*nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit*“ — sie dienen den Compilatoren zur Präcisierung der Kulpahaftung des *negotiorum gestor*²⁾!

So bezeichnet die Justinianeische Kodifikation den Endpunkt zweier Rechtsentwicklungen, denen die Haftung des Schuldners für technische *custodia* gemeinsam ist. Die eine nimmt ihren Ausgang vom *receptum* und gestaltet, in aufsteigender Linie fortschreitend, den Werkverdingungsvertrag mehr und mehr nach Analogie desselben um; die andere bemeistert sich eines durchdachten, in sich geschlossenen Haftungssystems, um es in allmählicher langsamer Rückbildung zum Torso zu verkümmern. Im Schnittpunkt beider Linien gewahren wir Gaius: Spätestens durch ihn tritt die *custodia*-Haftung des *fullo*, *sarcinator* und Transportunternehmers ins Rechtsbewusstsein, er ist es auch, der dem Utilitätsprinzip und der *custodia*-Haftung des Kommodatars energisch das Wort redet. Er spricht dabei von einem „*trans-*

¹⁾ Vgl. § 16 (18) J de obl. quae ex del. 4,1; c. 22 § 1 de furt. 6,2.

²⁾ § 1 J de obl. quasi ex contr. 3,27. Vgl. Pern. Lab. II S. 358 Anm. 52: „Eigenstes Gut der Compilatoren“.

A. M. Baron, Arch. f. civ. Pr. Bd. LXXVIII a. a. O. S. 279.

³⁾ § 16 (18) J de obl. quae ex del 4,1.

*ferre*³⁾), einem Uebertragen der Haftungsverhältnisse des *fullo* auf den Kommodatar. Das darf man nicht wörtlich nehmen. Die *custodia* des Kommodatars lässt sich viel weiter zurückverfolgen als die des *fullo*, und der Ursprung beider ist ein gänzlich verschiedener. Das deutet auch Gaius selber an: Der *fullo* prästiert *custodia* „*mercedem accipiendo*“, der Kommodatar, weil er das „*commodum utendi percipit*“. Dort glaubt man den Gedanken der Assecuranzprämie wiederzuerkennen, die Gaius in fr. 40 loc. 19,2 zur Basis der *custodia*-Haftung macht; hier liegt offenbar eine Anspielung auf die *utilitas* des Vertrages verborgen. Dagegen hat die Haftpflicht des Kommodatars bei zahlreichen Verträgen zum Vorbild gedient. Die *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers¹⁾, des Verkäufers *ad mensuram*²⁾, des *inspector rei*³⁾ wird aus ihr abgeleitet.

Im gemeinen Recht bricht auch die aufsteigende Linie der *custodia*-Haftung des *conductor operis* um: Jetzt laufen beide Entwicklungen parallel in absteigender Richtung. Der Werkunternehmer steht nur noch für Verschulden seiner Gehilfen ein, das Utilitätsprinzip aber ist unter die Schwelle des Bewusstseins gesunken; ein trauriger Rest blieb nach, die haftungsschwächende Kraft der „*nulla utilitas*“; die *custodia* hingegen und mit ihr die Haftpflicht des Schuldners für seine Gehilfen fiel der Vergessenheit anheim.

¹⁾ fr. 13 § 1 de pign. act. 13,7.

²⁾ fr. 3 de per. et comm. 18,6.

³⁾ fr. 10 § 1 comm.

§ 11.

Das ist der Untergrund, von dem § 278 des B. G. Bes. sich als Relief abhebt; man kann kaum sagen: in glänzenden Contouren. Denn wie sich herausstellte, ist sociale Rechtsauffassung nicht erst moderne Errungenschaft: Volkswirtschaftliche Tendenzen verkörpern sich in der *custodia*-Haftung des *nauta* und des *conductor operis*. Zwei Momente wirkten hier zusammen und kamen in dem Satze zum Ausdruck: *necesse est fidem eorum sequi*. Das eine ist der Uebergang wenn nicht zum Grossbetriebe, so doch zum grösseren Betriebe mit Hilfsarbeitern, *operarii* und *discipuli*, deren Händen der Gläubiger seine Sache zur Bearbeitung anvertraut. Das rechtfertigt freilich nur eine unbedingte Haftpflicht für Verschulden der Gehilfen; aber dazu tritt als zweites Moment der Zunftbann, das thatsächliche Geschäftsmonopol dieser Leute, und damit eine Art Contrahierungszwang für den Gläubiger. Das giebt ein wirtschaftliches Uebergewicht, welches durch die *custodia*-Haftung ausgeglichen wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet hier: Es lässt den Gastwirt bis zu höherer Gewalt haften ¹⁾, der Werkunternehmer jedoch geht in der allgemeinen Vorschrift des § 278 auf. Zwar trägt er die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes, aber für zufälligen Untergang und zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes haftet er nicht ²⁾. Die Idee des grösseren Betriebes steckt auch in § 278, dessen Bestimmungen

¹⁾ § 701.

²⁾ § 644.

doch im wesentlichen auf das Verschulden des Geschäftspersonals gemünzt sind. Ihr wird dort, entsprechend den modernen, gross angelegten Geschäftsverhältnissen, ein grosser Geltungsbereich zugewiesen: In ihrem Umfang ist sie modern, in ihrem Dasein aber römisch, und im Prinzip geht somit neues Recht und römisches Recht hier den gleichen Weg.

Bei all' den Rechtsgeschäften aber, deren Abschluss „*voluntatis magis est quam necessitatis*“¹⁾, tritt im römischen Recht das Utilitätsprinzip hervor. Hier leiten nicht volkswirtschaftliche, sondern einzelwirtschaftliche Gesichtspunkte, die aber ein durchaus altruistisches Gepräge tragen: Die „*utilitas*“ ist der erhoffte Gewinn, der bezweckte Vermögensvorteil. Je mehr diese wirtschaftliche Ausbeute des Vertrages beabsichtigt ist, desto straffer spannt sich das Band des Obligationsnexus gegenüber dem anderen Contrahenten: Ausschliessliches Vertragsinteresse als Vorteil des Einen zieht Anspruch auf höchste Haftung als Vorteil des Anderen nach sich. So dient auch das Utilitätsprinzip dem Ausgleich wirtschaftlichen Uebergewichts, und der Satz „*cuius periculum, eius commodum*“ erhält zum Gegenstück den Grundsatz: „*cuius commodum, eius periculum*“. Dem Takte des Richters bleibt die konkrete Abgrenzung überlassen. Aber wer *culpa lata* von *culpa levis* zu trennen hat, der kann auch „*utriusque utilitas*“ und „*sola utilitas*“ gegen einander abgrenzen.

Nur ein Schatten hiervon ist das Bürgerliche Gesetzbuch. An die Stelle konkreter Abstufung nach der wirtschaftlichen Lage des Einzelfalls ist die paragraphierte Abstraktion getreten: Das ist vielleicht praktisch als Vereinfachung, aber auch schablonenhaft.

¹⁾ fr. 17 § 3 comm., vom Kommodat gesagt.

Das Utilitätsprinzip ist geschwunden, nur vereinsamte Konsequenzen tauchen hie und da auf — Wirkungen ohne Ursache! So haftet der Depositär, der unentgeltlich bewahrt, nur für *diligentia quam suis* (§ 690), der Schenker und der Kommodant nur für *culpa lata* (§ 521 und 599). § 278 jedoch normiert unterschiedslos die Haftpflicht des Schuldners für seine Gehilfen, mag er als Depositär aus reiner Gefälligkeit handeln, mag er als Kommodatar den ganzen wirtschaftlichen Vorteil auf sich concentrieren . . . Ist das noch Vereinfachung?

Lebenslauf.

Am 27. Nov. 1875 in Wandsbek, Prov. Schleswig-Holstein, als Sohn des Kaufmanns H. Wüstendörfer geboren, evangel.-luther. Religion, besuchte ich das Gymnasium zu Wandsbek und wurde von dieser Anstalt Ostern 1893 nach bestandenem Abiturium entlassen. Ich studierte darauf 7 Semester in Genf, München und Berlin Rechtswissenschaft. Namentlich hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren v. Sicherer, v. Amira und Ullmann in München, der Herren Professoren Pernice, Eck, Gneist, Crome, Hinschius, Kohler und Hübner in Berlin. Zu ganz besonderem Danke verpflichtet bin ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Alfred Pernice, für die wissenschaftliche Förderung, die mir in seinem romanistischen Seminar zu Teil geworden. Am 25. Jan. 1897 bestand ich vor der Prüfungskommission des Kammergerichts zu Berlin das Referendarexamen. Am 30. Juli desselben Jahres legte ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität zu Strassburg i. E. das juristische Doktorexamen ab. Herrn Professor Lenel sei an dieser Stelle für die mir bezüglich meiner Dissertation gegebenen Winke und Ratschläge verbindlichster Dank ausgesprochen.

Wüstendörfer, Hans

§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Lichte des Römischen Rechts die
Haftung des Schuldners für 'Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner
Verbindlichkeit bedient' nach römischem Recht

1897

J.rom.m. 540 lb

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813457-6